

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

VOLUME 12 | NÚMERO 1 | 2021



UNIPÊ

Centro Universitário
de João Pessoa

EDITORIAL

A Revista Direito e Desenvolvimento, que é uma publicação semestral, estratificada no sistema como Qualis B1, conforme a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro Universitário de João Pessoa- UNIPÊ, lança o n. 1, v. 12 (2021).

A temática desta edição foi livre, sendo no total 16 (dezesesseis) artigos científicos inéditos de doutores, como autor e/ou coautor com doutorando ou mestrando. Ademais, temos 1 (uma) publicação escrita em inglês. Do total, mais de 80% (oitenta por cento) dos artigos foram publicados por autores exógenos ao Estado da Paraíba.

A construção desse trabalho somente foi possível com a participação direta dos autores e avaliadores (por meio do sistema *Double Blind Review*, sendo todos doutores), tanto da própria Instituição, bem como exógenos (de várias regiões do Brasil).

Agradecemos todo o apoio dado pelo Coordenador do PPGD/UNIPÊ (Prof. Dr. Glauber de Lucena), da Reitora do Centro Universitário de João Pessoa- UNIPÊ (Profa. Dra. Mariana Brito), além de todos da família UNIPÊ/Cruzeiro do Sul.

Aos leitores, uma boa leitura!

Prof. Dr. André Ricardo Fonsêca da Silva
Editor Geral da Revista Direito e Desenvolvimento
Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da UNIPÊ

EXPEDIENTE

Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ

Reitora:

Profa. Dra. Mariana de Brito Barbosa

Editores:

Prof. Dr. Andre Ricardo Fonseca da Silva

Profa. Dra. Flavia de Paiva Medeiros de Oliveira

Coordenador do PPGD/UNIPÊ:

Prof. Dr. Glauber de Lucena Cordeiro

Corpo Docente do PPGD/UNIPÊ:

Prof. Dr. Alfredo Rangel Ribeiro

Prof. Dr. Andre Ricardo Fonseca da Silva

Prof. Dr. Felipe Augusto Forte de N. Deodato

Profa. Dra. Flavia de Paiva Medeiros de Oliveira

Prof. Dr. Glauber de Lucena Cordeiro

Prof. Dr. Gustavo Rabay Guerra

Profa. Dra. Maria Marconiete Fernandes Pereira

Prof. Dr. Paulo Henrique Tavares da Silva

Prof. Dr. Rogerio Magnus Varela Gonçalves

Prof. Dr. Romulo Rhemo Palitot Braga

Produção editorial:

DigitalPub Soluções Editoriais

www.digitalpub.com.br

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

COMPLEXIDADE, DIREITO E A NECESSIDADE DE (RE)
INTEGRAÇÃO DA ESPÉCIE HUMANA A *GAIA*

PEDRO ERNESTO NEUBARTH JUNG
LEONEL SEVERO ROCHA

VOLUME 12 | NÚMERO 1 | JAN/JUN 2021

COMPLEXIDADE, DIREITO E A NECESSIDADE DE (RE) INTEGRAÇÃO DA ESPÉCIE HUMANA A GAIA

COMPLEXITY, LAW AND THE NEED FOR HUMAN SPECIE INTEGRATION TO THE GAIA

Recebido: 25/09/2018
Aprovado: 21/07/2021

Pedro Ernesto Neubarth Jung¹
Leonel Severo Rocha²

RESUMO:

A temática ambiental, transcende as fronteiras sociais criadas pela espécie humana, ao mesmo tempo em que se encontra perfeitamente interligada à sobrevivência dessa na Terra. Tal fato atrelado a complexidade social contemporânea norteia a proposta do presente estudo, que objetiva analisar a possibilidade da espécie humana se (re)integrar ao planeta Terra, a fim de evitar um colapso futuro de ambas. Nessa esteira, pretende-se responder a seguinte problemática com no presente artigo: é possível ao ser humano, diante da alta complexidade social em que se encontra inserido contemporaneamente, regressar a um estado semelhante ao de suas origens, no que diz respeito a comunicação com o Meio Ambiente, com intuito de salvaguardar a existência do planeta Terra, em si, bem como da(s) espécie(s) (humana) que se encontram inseridas, qual o papel do sistema do Direito, nessa implexa relação. Para tanto, utilizar-se-á como teoria base para realização da presente pesquisa a Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos, de Niklas Luhman, acompanhado do método indutivo de pesquisa, bem como a revisão de bibliografias nacionais e internacionais, com intuito de se chegar a uma resposta ao problema, esperando-se, assim encontrar meios de se mostrar ser possível (re)aproximação da espécie humana a *Gaia*, o que propiciaria uma melhora das condições dessa, bem como da subsistência da espécie humana.

Palavras-chave: Sociedade. Sistemas autopoiéticos. Subsistema do Direito. Meio ambiente. Terra.

ABSTRACT:

The environmental theme transcends the social boundaries created by the human species, at the same time that it is perfectly intertwined with its survival on Earth. This fact, linked to contemporary social complexity, guides the proposal of the present study, which aims to analyze the possibility of the human species if (re) integrate to the planet Earth, in order to avoid a future collapse of both. In this vein, it is intended to answer the following problem with the present

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Feevale (2015). Atualmente está cursando Mestrado em Direito no PPGD da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, atua como pesquisador, mestrando, nessa mesma instituição, nos projetos de pesquisa “Teoria do Direito e Diferenciação Social na América Latina”, “AUTOORGANIZAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO: Comunicações e Autorreferência entre Brasil e Chile” e “Teoria do Direito e Evolução Social - UNISINOS”. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Advogado. Email: pedroneubarth@gmail.com

² Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (1979), Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1982), Doutorado pela Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris (1989) e Pós-doutorado em Sociologia do Direito pela Università degli Studi di Lecce. Atualmente é Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Coordenador Executivo do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado, Capes 6), bem como é Professor do curso de Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI), estabelecendo Convênio PROCAD. Membro pesquisador 1 do CNPq. Representante Titular da Área do Direito no CNPq. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, trabalhando principalmente os seguintes temas: Teoria dos Sistemas Sociais e Teoria do Direito.. Email: leonel@unisinors.br

article: it is possible for the human being, given the high social complexity in which he is inserted contemporaneously, to return to a state similar to the one of its origins, as far as the communication with the Environment, in order to safeguard the existence of the planet Earth, as well as the species (s) (human) that are inserted, what is the role of the legal system in this relationship. In order to do so, the theory of the Autopoietic Social Systems of Niklas Luhman, accompanied by the inductive method of research, as well as the revision of national and international bibliographies, will be used as base theory to carry out the present research in order to arrive at a response to the problem, and it is hoped, therefore, to find a means of proving itself to be possible (re) approximation of the human species to *Gaia*, which would lead to an improvement of the conditions of that species, as well as to the subsistence of the human species.

Keywords: Society. Autopoietic systems. Subsystem of Law. Environment. Earth.

1 INTRODUÇÃO

Os problemas ambientais são algo cada vez mais comum na sociedade global, haja vista que a espécie humana, dentre diversos outros problemas não está mais conseguindo se relacionar, de forma adequada com o planeta Terra. Não obstante a esse fato, a complexidade social surgiu como um agravante a esse problema socioambiental, uma vez que a própria sociedade já não está mais conseguindo lidar com suas próprias dificuldades internas, incorrendo assim em um looping de problemas atemporais.

Tendo por base essa dificuldade socioambiental, bem como os *paradoxos* sistêmico sociais, entende-se ser necessária uma (re)aproximação da espécie humana para com o Meio Ambiente, no qual se encontra inserida, a fim de diminuir as tensões existentes, pois esse, até que se prove o contrário, é seu único habitat, não sendo assim mais passível de degradação e destruição.

Nessa toada, a fim de se proceder uma clara investigação dos fatos, se faz necessário, inicialmente atentar a existência de diferentes matrizes teórico jurídicas, ponto esse de partida para observação da teoria do Direito. Na classificação proposta por Rocha (2005), já revisitada e atualizada (ROCHA, 2013b), se destaca a necessidade de transição da observação da matriz analítica, de cunho normativista, para uma perspectiva pragmático-sistêmica, com ênfase na organização.

Levando-se em conta essa necessária transição, pretende-se com o presente estudo, realizar uma análise, a partir da matriz pragmático-sistêmica, da sociologia jurídica, bem como da teoria jurídica contemporânea, com intuito de se verificar a possibilidade da espécie humana se (re)integrar ao planeta Terra, a fim de se evitar o colapso futuro de ambos os indivíduos.

Para tanto, no primeiro capítulo, pretende-se demonstrar como as problemáticas ambientais estão afetando a espécie humana e o equilíbrio do planeta Terra, em si, assim como demonstrar a importância da aproximação desses dois indivíduos, que nunca deveriam ter se afastado.

Posteriormente, almeja-se abordar a sociedade e sua complexidade, o papel do Direito, como sistema descentralizado, bem como a importância de se mudar a forma como observamos ao Meio Ambiente, a fim de se chegar a soluções de cunho constitucional mundial.

Pretende-se, dessa forma responder a seguinte problemática com o presente estudo: é possível ao ser humano, diante da alta complexidade social em que se encontra inserido contemporaneamente, regressar a um estado semelhante ao de suas origens, no que diz respeito a comunicação com o Meio Ambiente, com intuito de salvaguardar a existência do planeta

Terra, em si, bem como da(s) espécie(s) (humana) que se encontra(m) inserida(s), qual o papel do sistema do Direito, nessa implexa relação?

Como hipótese ao problema levantado, espera-se encontrar meios de se mostrar ser possível (re)aproximação da espécie humana a *Gaia*, o que propiciaria uma melhora das condições de vida da espécie humana no planeta Terra, assim como da subsistência do mesmo.

Enfim, utilizar-se-á como teoria base para realização da presente pesquisa a Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos, de Niklas Luhman, acompanhado do método indutivo de pesquisa, bem como a revisão de bibliografias nacionais e internacionais, com intuito de se chegar a uma resposta ao problema.

2 VOLTANDO AS ORIGENS: HOMEM E NATUREZA COMO UM SÓ

A temática ambiental transcende as fronteiras sociais criadas pela espécie humana, ao mesmo tempo em que se encontra perfeitamente interligada à sobrevivência dessa na Terra. Tais fatos, contudo têm sido deixados de lado por alguns setores sociais no mundo globalizado e complexo, que diminuem e até dispensam o tratamento mínimo necessário ao Meio Ambiente, que cada vez mais demanda proteção (WEYERMÜLLER, 2010). Tendo em vista tais fatos, é possível se asseverar que a proteção do Meio Ambiente se faz cada vez mais necessária, não apenas no âmbito dos Estados de forma nacional e/ou internacional, mas também pelo próprio homem, que passou a crer na existência de uma linha divisória entre si e a natureza (BARRETTO, 2017). Vicente de Paulo Barretto (2017, p. 236) escreve a respeito dessa cisão ocorrida ao longo da evolução-histórica que:

A relação entre homem e natureza passou por constantes configurações histórico-evolutivas, que mostram as claras diferenças conceituais de “natureza”, como sujeito de direito, ou como objeto, considerada como “coisa” a ser utilizada pelo homem, a seu critério. Esse processo de “profanação” da natureza, [...], leva à separação entre o “homem primitivo” e o “homem moderno”, a evolução do “bárbaro” para o chamado “sujeito racional”.

Diante de tais palavras, podemos perceber que a separação, ao contrário do que se possa imaginar, não levou a espécie humana à uma maior salvaguarda de *Gaia*, mas sim um distanciamento dessa, acontecimento esse que se mostra cada vez mais evidente na sociedade contemporânea, que passou a prezar pela existência de uma “interdependência de todos os seres vivos, bem como entre estes e a terra onde vivem” (BARRETTO, 2017, p. 238). Tal concepção, contudo diante dos atuais problemas enfrentados pela sociedade complexa nos leva a perceber que o homem necessita voltar a suas origens, isto é se (re)integrar ao todo, uma vez que, tanto esse quanto a natureza, são interdependentes um do outro, sendo essa última, inclusive menos dependente da espécie humana. Tal condição de existência, em outras palavras, pode ser constatada como um monismo, isto é o fato de serem o homem e a natureza como um só ente integrado (BARRETTO, 2017). Desse modo, diante de tal concepção de (re)integração do homem para com a natureza, se faz imprescindível a realização de uma modificação na forma do pensar humano, mudança essa que pode ser alcançada com a mudança da forma como observamos a essa no tocante a própria realidade, com “[...] o surgimento de uma nova compreensão do próprio ser humano, um modo diferente de construir o discurso ético e uma visão renovada da natureza como criação de Deus” (GIONGO, 2017, p. 220 e 221).

Tal concepção professo-filosófica de (re)integração do Meio Ambiente e do homem, não pode se distanciar do fato deste hoje se encontrar cada vez mais inserido na sociedade complexa. Assim, diante de tal imersão social, percebemos que o dano causado pela sociedade,

como grande sistema, ao Meio Ambiente não é mais o mesmo, o que, por conseguinte, nos leva à justa de que a propagação do dano ambiental causado por essa tem alcançado escalas cada vez maiores do que a causada apenas por indivíduos humanos. Em outras palavras, global e com efeitos imprevisíveis, por mais tecnológica que essa tenha se tornado (ALBUQUERQUE, 2010). Nesse passo, Luísa Zuardi Niencheski (2017) escreve que diante das possibilidades apocalípticas, a sociedade mundial passou a perceber que os recursos naturais, ou melhor, o Meio Ambiente, é um direito humano de primeira importância, uma vez que todos os seres, possuem o direito a um Meio Ambiente limpo e saudável, e que se tratado de forma inadequada poderá afetar diretamente os rumos e destino da espécie humana na Terra.

Nessa toada, é imprescindível que a sociedade global busque soluções as problemáticas ambientais causadas por si mesma. Soluções essas que, inquestionavelmente, passam pela retomada da comunicação dessa para com o Meio Ambiente, assim como das suas instituições, não apenas nacionais, mas também internacionais, bem como pela adoção de regulamentações comuns, como a Declaração de Estocolmo de 1972, que é tida como um marco e serve como referencial, ético-teórico para toda a sociedade mundial, no que diz respeito à proteção do Meio Ambiente como um direito humano fundamental.

Não obstante a presença dessas medidas de abrangência internacional, verifica-se que “os debates sobre temática ambiental estão sendo incorporados progressivamente no processo decisório, porém, ainda ocupam um lugar de menor destaque se comparado a outras políticas” (IRACHANDE, 2010, p. 220). O que nos leva ao fato de que as medidas de cunho (re)integrativo, voltadas a temática ambiental, não estão sendo capazes de produzir os efeitos favoráveis ao patrimônio ambiental compartilhado esperado (VIEIRA, 2017). Diante desse acontecimento, pode-se asseverar, ainda que em que pese sejam planejadas e adotadas medidas ambientais, como exemplo disso podemos citar o Acordo de Paris de 2015, essas não vêm obtendo o desenvolvimento esperado no tocante à proteção do Meio Ambiente, (VIEIRA, 2017) pois ainda a uma falta de atitude mais incisivas do homem como sociedade global. Vladimir Passos de Freitas (2001, p. 116 e 117), nessa toada, escreve que:

[...] as problemáticas ambientais que ultrapassam fronteiras, precisão de soluções que devem ser integradas, sob pena de atos praticados em um país virem a atingir outro, ou mesmo a ocasionar danos nos dois. Estas hipóteses não são mero exercício de futurologia, mas sim situações que já vêm ocorrendo.

Tal afirmação pode, facilmente ser observada em casos como: a recente seca do Rio Paraguai, considerada à pior dos últimos 19 anos, que gerou a morte de inúmeras espécies de animais protegidos,³ ocasionado problemas ao Brasil e ao Paraguai; o desmatamento de áreas verdes, por diversos Estados, que acabam por elevar a precipitação, ocasionando cada vez mais enchentes;⁴ e as queimadas provocadas pelo homem, que a cada ano aumentam como a ocorrida nos campos dos arredores de Buenos Aires e que levam fumaça e cinzas às cidades de Estados vizinhos, Uruguai e Brasil, causando inúmeros transtornos socioambientais.⁵

As aludidas problemáticas, são apenas algumas da inúmeras enfrentadas em todo globo, não deixando espaço para dúvidas quanto à necessidade de adoção de políticas integradas de

3 Para maiores informações acessar a seguinte reportagem: JACARÉS morrem de sede na pior seca em 19 anos em rio do Paraguai. *G1*, São Paulo, 05 julho 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/natureza/noticia/2016/07/jacares-morrem-de-sede-na-pior-seca-em-19-anos-em-rio-do-paraguai.html>>. Acesso em: 18 mar.18.

4 Para mais detalhes a respeito da reportagem ver: DESMATAMENTO para plantio de soja contribui para inundações na América do Sul. *El País*, Buenos Aires, 29 dezembro 2015. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/12/28/internacional/1451335126_237090.html>. Acesso em: 18. mar. 18.

5 Para maiores detalhes acerca do caso acessar a seguinte notícia: FUMAÇA de queimadas argentinas chega ao Brasil. *Estadão*, São Paulo, 25 abril 2008. Disponível em: <<http://sustentabilidade.estadao.com.br/noticias/geral,fumaca-de-queimadas-argentinas-chega-ao-brasil,162883>>. Acesso em: 18. mar. 18.

proteção ambiental, podendo inclusive somarem-se a tantas outras, verdadeiras ou hipotéticas (FREITAS, 2001).

Essas políticas, portanto não devem se fundamentar em ideologias de indivíduos que possuem um pensamento individualista, mas sim de pessoas com uma visão comunicativa para com o Meio Ambiente (BRISTOTI, 1990), sob pena de arcarmos com as consequências do pensamento de alguns. Além disso, tais políticas, imprescindivelmente, necessitam ser transparentes à sociedade global, uma vez que essa, além do Meio Ambiente é claro, é sua principal interessada.

É por esses motivos que se faz necessária a realização de mudanças na forma do pensar humano, mudanças essas que demonstram ser uma tarefa extremamente complicada, no entanto, não impossível, pois aumentam, cada vez mais o número de pessoas, no âmbito global, preocupadas com o bem estar ambiental e com a preservação do Meio Ambiente, em si, sejam esses indivíduos ou sistemas sociais. Diante desses eventos, é possível se afirmar que está a surgir “um novo modelo de Estado [...] – um Estado Socioambiental – [...] que introduziu um viés democrático que pressupõem a ação conjunta dos Estados e dos indivíduos na busca pela valorização e manutenção das funções ambientais” (NIENCHESKI, 2017, p. 192), esse modelo, em outras palavras buscará gerenciar as problemáticas ambientais de modo responsável e comprometido, acima de tudo com o próprio Meio Ambiente, uma vez que esse:

[...] emergiu de forma definitiva no horizonte jurídico, especialmente no plano internacional, ao ser enquadrado entre os direitos humanos. Desde então, é possível verificar o crescimento de um movimento internacional de preservação e precaução em torno dos recursos ecológicos constatado pela normatização dos padrões ecológicos nas agendas políticas e jurídicas dos Estados. (NIENCHESKI, 2017, p. 188)

Não nos encontramos, assim mais passíveis de cometer erros, uma vez que as sanções atinentes à dimensão ambiental a que nos encontramos expostos, são cada vez mais imprevisíveis, isto nos leva, por conseguinte a exata de que a sociedade moderna não conseguiu responder à altura dos danos que ela próprio causou a sua época, logo a sociedade contemporânea está pagando o preço pela sua própria irresponsabilidade, pois todas elas são a mesma sociedade, ou seja uma constante tormenta paradoxal de degradação ambiental que necessita, impreterivelmente, ser revertida (GIONGO, 2017). Diante de tal tormenta é que necessitamos mudar a forma de como observamos, a fim de alcançarmos esse novo Estado, bem como atingirmos novas soluções, sob novos formatos e efetivamente capaz de operacionalizar, solucionando assim as problemáticas ambientais (ROCHA; CARVALHO, 2006).

O direito a um Meio Ambiente sadio e ecologicamente equilibrado deve, assim ser tratado como uma extensão humana e um corolário lógico do direito à vida, sem o qual nenhum ser pode vindicar a proteção dos seus direitos fundamentais violados. O conceito de “vida humana”, assim, deve transcender os estreitos limites de sua atuação física para, também abranger o direito à sadia qualidade de vida, em todas as suas vertentes e formas (MAZZUOLI, 2013), a fim de se proceder a uma (re)aproximação do homem a *Gaia*.

3 A COMPLEXIDADE NA SOCIEDADE GLOBAL E O SUBSISTEMA DO DIREITO

A complexidade na sociedade contemporânea, consoante brevemente já explanado, surgiu como algo irreversível, assertiva essa que pode ser identificada nos estudos de inúmeros sociólogos e filósofos, tais como Luhmann (1997, 2006, 2011), Bauman (2001), Habermans (2003), dentre diversos outros, surgindo assim como um obstáculo a ser superado para se

alcançar a (re)integração da espécie humana para com o planeta Terra. Tendo por base tal fenômeno, é possível se asseverar a necessidade de implementação de demandas capazes de reduzir essa alta complexidade, que por conseguinte possibilitarão a geração de novas expectativas comportamentais, as quais proporcionarão um novo pensar, isto é um pensar capaz de compreender a complexidade da atual sociedade (ROCHA, 2013a).

Esse novo pensar, portanto poderia ser alcançado através de mudanças na forma como observamos a sociedade, uma vez que:

Observar é produzir informação. A informação está ligada à comunicação. A problemática da observação [...] deve ser relacionada com a interpretação [...]. Para se observar diferentemente é preciso ter-se poder. A principal característica do poder é ser um meio de comunicação encarregado da produção, do controle e do processamento das informações. Uma das formas possíveis para se obter observações mais sofisticadas, de segundo grau, seria portanto o desenvolvimento de uma nova Teoria dos Meios de Comunicação [...]. (ROCHA, 2013a, p. 26)

Constata-se, assim que se observarmos de forma diferenciada, ou seja a partir de uma segunda ordem, poderíamos estabelecer critérios para o desenvolvimento de uma nova compreensão, uma vez que é somente através da produção de diferenciação que nos permitimos entender as mudanças ocorridas na própria sociedade, em outras palavras, somente uma observação diferente pode colocar sentido na complexidade social (ROCHA, 2013a).

Nessa senda, é importante se destacar que a complexidade é elevada pois apresenta mais possibilidades do que o ser humano consegue compreender, diante desse fato a dupla contingência surge como um meio de pôr limites aos objetos a partir deles mesmo (SCHWARTZ, 2013), o sistema do Direito é assim um ótimo exemplo desse fenômeno, pois busca agir como um alívio as expectativas da sociedade, frente à impossibilidade de uma única moral comum, sendo assim, possível manter a ordem e coesão social (RODRIGUEZ M., 2005).

Tal diferença funcional, contudo somente é possível, pois o Direito é um sistema diferenciado, isto é trata-se de um sistema operacionalmente fechado e autorreferente, capaz de não separar-se por completo da sociedade e dos demais sistemas sociais, em outras palavras é o sistema do Direito que define seus próprios limites e o que é relevante ao seu entorno, bem como as irritações que poderão desencadear mudanças dentro de si mesmo (RODRIGUEZ M., 2005).

Tais constatações nos levam a máxima, de Luhmann (2016), de que o sistema do Direito, na busca pela redução da sua complexidade, aplica a si mesmo uma distinção específica, baseada na codificação binária do Direito/não Direito, em outras palavras o que ocorre no interior do sistema é que o circuito comunicativo geral desse desenvolve novos circuitos comunicativos parciais, que buscam em sua especialização funcional a redução da complexidade, o que por conseguinte acaba por gerar um aumento da sua própria complexidade, diante da possibilidade do fechamento operacional desse, fato esse que acaba por levar ao surgimento de *paradoxos* no interior do sistema.

O sistema do Direito, portanto ao agir dessa forma, operacionalmente fechada, gera autonomamente sua própria abertura, o que possibilita a incursão da diferenciação em seu interior (ROCHA, 2013a), com intuito de combater os *paradoxos* que se originaram, que nada mais são do que o modo pelo qual o sistema observou as suas autorreferenciais, exemplificando: através das normas alcançaremos o objeto das decisões, as quais seguem suas próprias normas, após serem textualizados, tornam-se objetos novos a novas decisões (JUNG; ROCHA, 2017).

Ainda, em outras palavras, Leonel Severo Rocha (2009, p. 35) nos ensina, quanto aos *paradoxos* na sociedade global que:

Não é possível, nas sociedades complexas, uma ruptura radical entre passado e futuro. Assim, algumas questões do normativismo podem estar ainda muito presentes em certas questões e, para outras, não fazerem nenhum sentido. [...]. Existem passagens, portais, que se fecham e não fecham. Depende da observação do problema. [...]. Do ponto de vista temporal, eventos do passado ainda estão presentes aqui, hoje, e outros já desapareceram.

Assim, a fim de escaparmos desses *paradoxos*, necessitamos observar os sistemas de forma diferenciada, ou seja de segunda ordem, nessa toada, retomamos a questão inicial, qual seja da necessidade de se realizar observações de segundo grau, com intuito de gerar uma compreensão da sociedade que, por ser complexa, encontra-se em fragmentação (TEUBNER, 2016). De acordo com Gunther Teubner (2016, p. 27 e 28), esse processo de fragmentação ocorre em virtude:

[...] das sociedades contemporâneas conhecerem uma ordem constitucional informal, que não é centrada no Estado – nem normativo nem faticamente –, e que contém estruturas jurídicas polivalentes [...]. Com isso, a sociologia constitucional modifica radicalmente a formulação do problema. Ela coloca a questão da constitucionalização não apenas para o direito internacional público e para o mundo dos Estados que fazem parte da política internacional, mas também para outros sistemas parciais autônomos da sociedade mundial [...].

E aqui é necessário realizar um pequeno recorte, a fim de elucidar-se o conceito de sociedade mundial, ou global, que:

[...] não é mais que um conjunto de indivíduos, mas como espaço de comunicação [...] a sociedade mundial como o ambiente que abarca toda a comunicação possível no mundo; ponto a partir do qual, quando se fala de sociedade em Luhmann, está-se considerando o mundo como um todo, sem destacar, em um primeiro momento, as diferenças regionais. (COSTA; ROCHA, 2018, p. 08)

Bauman (2008) escrevia, assim no tocante a solução dos problemas fundamentais, e nesse caso o ambiental é o que nos interessa, que essas precisam ser descentralizados, ou seja global, motivo esse pelo qual não se admitem soluções locais aos respectivos. Tal assertiva, ainda pode ser complementada, pois aos olhos de Gunther Teubner (2016, p. 225) “o constitucionalismo transnacional nos direitos fundamentais possui sua mais alta plausibilidade”.

Assim, é possível se compreender que as soluções de problemáticas fundamentais mundiais, passam por meios igualmente globais, ou melhor dizendo transnacionais, meio esse pelo qual se é possível produzir comunicação, através da observação de dois polos espaciais inconciliáveis, na lógica tradicional, quais sejam o local e o universal (ROCHA, 2013a).

Em outra senda, “trata-se da produção da simultaneidade entre a presença e a ausência, que somente é possível devido a sua impossibilidade. Esse *paradoxo* é constitutivo da nova forma de sociedade que começamos a experimentar [...]” (ROCHA, 2013a, p. 42).

Destarte, com o surgimento de ideais transnacionais, se passou a ser possível realizar observações de modo diferenciado das problemáticas fundamentais, fato esse que é verificado através do surgimento de ordenamentos jurídicos, com características próprias de uma constituição, que possuem a finalidade de diminuir específicas complexidades e que foram desenvolvidas a partir de processos de autoconstitucionalização de ordens globais, sem Estado (TEUBNER, 2016). Além disso, esse desenvolvimento de fragmentos de constituição pode ser visto como uma resposta própria as problemáticas, pois os:

[...] acoplamentos ocasionais surgem conforme a necessidade dos problemas sociais. Normas jurídicas constitucionais são desenvolvidas *ad hoc* quando o conflito atual apresenta dimensões constitucionais e exige decisões jurídicas constitucionais. (TEUBNER, 2016, p. 107)

Essa carência, identificada na sociedade mundial, portanto acabou por gerar meios de redução da complexidade, a partir do surgimento de novos atores, dotados de constituições próprias as suas esferas, o que ocasionou, por conseguinte numa redução da capacidade regulatória dos Estados, que por sua vez não se encontravam respondendo de forma condizente aos anseios globais (TEUBNER, 2016).

Nessa toada, o Estado, enquanto único programador do Direito, perdera seu monopólio como centro de organização, pois em muitas questões jurídicas, o Poder Judiciário, em vez de simplesmente aplicar a programação condicional, passou a recorrer a fundamentações extra-estatais (ROCHA, 2013a, p. 43), a fim de responder aos anseios e aliviar as expectativas sociais.

Esses fragmentos constitucionais ambientais, portanto além de servirem de pano de fundo para fundamentações jurídicas, aparentam estar propícios a indicação de novos meios de observação, que propiciara alternativas a superação das problemáticas ambientais (ROCHA; WEYERMÜLLER, 2014, p. 259 e 260), fato esse que nos direcionando a uma (re)integração para com o planeta Terra, contudo isso não exime o fato de ainda haver um longo caminho a ser trilhado, uma vez que ainda estamos longe de poder afirmar que a espécie humana está (re) integrada com seu Meio Ambiente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretendeu-se despertar no leitor, com o presente artigo, a importância da (re)integração da espécie humana para com o Meio Ambiente, através de um raciocínio lógico e crítico a respeito do assunto. Para tanto, inicialmente se expôs sobre a importância de proteção do Meio Ambiente, passando para a dificuldade da espécie humana em se (re)aproximar de *Gaia*, em virtude de encontra-se hoje aglomerada em grupos sociais e que agrava-se, em virtude da complexidade da sociedade, na qual esses indivíduos se encontram inserido, bem como algumas problemáticas ambientais atuais a espécie humana, as quais se mostraram majoradas, justamente em virtude dessa alta complexidade social.

Já no segundo capítulo, trabalhou-se a complexidade social, em si, passando pelo sistema do Direito, como ferramenta para redução das expectativas sociais, uma vez que espera-se que esse atue de forma positiva em relação a tutelas sociais, a transnacionalização como novo meio de observação social e os fragmentos de constituição, como sendo um reflexo dessa nova forma de observação, que apresentou soluções globais para problemas globais.

Nessa esteira, constatou-se que a (re)aproximação de *Gaia* com a espécie humana ainda é algo possível de se ser alcançado, o fato de surgirem fragmentos constitucionais voltados a temática ambiental são um exemplo claro disso, uma vez que buscam esse dar soluções as problemáticas globais de forma global. Nessa toada, podemos nos reportar a seguinte ideia: enquanto que o homem tratava com problemas locais, esse era capaz de solucioná-los, quando esse se tornou sociedade, perdeu a capacidade de solucionar a esses, pois não conseguia mais tratá-los de forma igual, agora que passamos a ver esses como sendo globais e não mais locais, se procedeu uma (re)integração da sociedade para com os problemas globais.

Quadro 1. (Re)Integração Homem/Ambiente

Problema/Indivíduo	Homem	Sociedade
Local	Comunicação	Ausência de comunicação
Global	Ausência de comunicação	Comunicação

Contudo, aqui cabe se advertir que “[...] o posicionamento que transforma a ecologia em uma espécie de nova moral ou religião que postularia uma natureza perfeita” (ROCHA; WEYERMÜLLER, 2014, p. 259), não é o que pretende-se demonstrar com presente estudo, pois tal qual outras propostas radicais, em qualquer segmento, não levam a soluções de problemas, não se entende que medidas radicais auxiliem na proposta de (re)aproximação da espécie humana com *Gaia*.

A (re)integração da espécie humana com o planeta Terra, assim deve ocorrer de modo diferenciado, uma vez que em que pese se espere que tais fatos possam realmente, ainda ocorrer, a sociedade complexa de hoje, já não é mais o indivíduo de ontem, fato esse que agrava mas não impossibilita essas mudanças, o sistema do Direito nessa toada, deve portanto agir de acordo com o que se lhe espera, isto é reduzir as expectativas e tutelar o Meio Ambiente, como sendo um bem único e indisponível a todos os seres, assim como a própria *Gaia*.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O meio ambiente como objeto de direito no mercosul. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 37, n. 148, 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/645>>. Acesso em: 18 mar. 18.

BARRETTO, Vicente de Paulo. O paradigma ecológico e a teoria do direito. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em direito da unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BRISTOTI, Arnildo. Energia, econômica e ecologia: influência da integração do cone sul. In: SEITENFUS, Vera Maria P.; DE BONI, Luís A. (Coords.). **Temas de Integração Latino Americana**. Petrópolis: Vozes, 1990.

COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; ROCHA, Leonel Severo Rocha. Fragmentos de constituição e transconstitucionalismo: cenários atuais da teoria constitucional. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, v. 34, n. 01, 2018. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/c109774ef29a45f68e1d89769c68b574.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 19.

DESMATAMENTO para plantio de soja contribui para inundações na América do Sul. **El País**, Buenos Aires, 29 dezembro 2015. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/12/28/internacional/1451335126_237090.html>. Acesso em: 18. mar. 18.

FREITAS, Vladimir Passos de. Mercosul e meio ambiente. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 793, 2001. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?tsrc=docnav&ao=&fromrend=&srguid=ioad6adc60000015f697edb44a0409241&epos=3&spos=3&page=0&td=5&savedSearch=&searchFrom=&context=23&crumb-action=append&crumb-label=Documento#>>. Acesso em: 29 ago. 17.

FUMAÇA de queimadas argentinas chega ao Brasil. **Estadão**, São Paulo, 25 abril 2008. Disponível em: <<http://sustentabilidade.estadao.com.br/noticias/geral,fumaca-de-queimadas-argentinas-chega-ao-brasil,162883>>. Acesso em: 18. mar. 18.

GIONGO, Rafaela Luiza Pontalti. Direito ao meio ambiente e qualidade de vida: reflexões para uma sociedade humana e ecologicamente viável. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros (Coords.). **Direitos Ambiente e Humanos**. Fortaleza: Expressão, 2017.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

IRACHANDE, Aninho Mucundramo; DE ALMEIDA, Lucimar Batista; VIEIRA, Marilene Maria Augusto. O mercosul e a construção de uma política ambiental para os países do cone sul. **Política & Sociedade**. Florianópolis, v. 09, n. 16, 2010. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/13394>>. Acesso em: 18 mar. 18.

JACARÉS morrem de sede na pior seca em 19 anos em rio do Paraguai. **G1**, São Paulo, 05 julho 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/natureza/noticia/2016/07/jacares-morrem-de-sede-na-pior-seca-em-19-anos-em-rio-do-paraguai.html>>. Acesso em: 18 mar.18.

JUNG, Pedro Ernesto Neubarth; ROCHA, Leonel Severo. O décimo segundo camelo no poder judiciário: uma análise a partir da teoria dos sistemas sociais autopoietico. **Rev. Fac. Der.** Montevideo, n. 43, 2017. Disponível em: <<http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/578>>. Acesso em: 07 mar. 19.

LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. 4. ed. [S.l.]: Vega, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Introdução a teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2011.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Mexico: Herder, 1997.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

RODRÍGUEZ M., Darío. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. México: Herder, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente. *Argumenta Journal Law*. Jacarezinho, n. 09, 2013. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/117>>. Acesso em: 19 mar. 18.

NIENCHESKI, Luísa Zuardi. Aspectos contemporâneos do direito humano ao meio ambiente: reconhecimento e efetivação. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros (Coords.). **Direitos Ambiente e Humanos**. Fortaleza: Expressão, 2017.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013a.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia jurídica: revisitando as três matrizes. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo, v. 05, n. 02, 2013b. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.06>>. Acesso em: 09 set. 18.

ROCHA, Leonel Severo. Observação sobre a observação Luhmaniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; CLAM, Jean. **A verdade sobre a Autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Delton Winter de. Policontextualidade Jurídica e Estado Ambiental. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em direito da unisinos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26929-26931-1-PB.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 18.

ROCHA, Leonel Severo; WEYERMÜLLER, André Rafael. Comunicação ecológica por Niklas Luhmann. **Novos Estudos Jurídicos**. [S.l.], v. 19, n. 01, 2014. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5549/2955>>. Acesso em: 10 set. 18.

SCHWARTZ, Germano. A fase pré-autopoiética do sistema luhmanniano. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

VIEIRA, Luciane Klein. O diálogo entre o tribunal permanente de revisão e os tribunais constitucionais nacionais: o mecanismo da opinião consultiva e o direito mercosureno de terceira dimensão. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em direito da unisinos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

WEYERMÜLLER, André Rafael. **Direito ambiental e aquecimento global**. São Paulo: Atlas, 2010.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

REGULAÇÃO DAS FAKE NEWS: UM DILEMA DIANTE
DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

WELLINGTON ANTONIO BALDISSERA
VINÍCIUS BORGES FORTES

VOLUME 12 | NÚMERO 1 | JAN/JUN 2021

REGULAÇÃO DAS FAKE NEWS: UM DILEMA DIANTE DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

REGULATION OF FAKE NEWS: A DILEMMA IN THE FACE OF THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION

Recebido: 09/02/2019
Aprovado: 21/07/2021

Wellington Antonio Baldissera¹
Vinícius Borges Fortes²

RESUMO:

As mentiras sempre existiram, mas com a internet, a velocidade de propagação aumentou de forma exponencial, colocando em evidência as *Fake news*. Diante da relevância e da influência que esta prática pode causar na sociedade, nesse estudo será abordada a necessidade do Estado estabelecer um controle sobre a divulgação de informações falsas, diante dos malefícios que podem causar. A dúvida que buscará ser esclarecida é sobre quais são as dificuldades existentes para se estabelecer uma regulação sobre a propagação de *fake news* no Brasil. O objetivo geral deste estudo é apresentar um panorama sobre a possibilidade de ser instituída pelo Estado, uma forma de regulação em face das *fake news*, sendo o melhor meio para ser possível a instituição desta medida uma regulação repressiva, combatendo a desinformação, com mais informação. O método utilizado nesta pesquisa é o monográfico e a técnica de pesquisa é a bibliográfica.

Palavras-chave: Informações falsas. Agências de *fact-chaking*. Agências reguladoras. Redes sociais. Desinformação.

ABSTRACT:

The lies have always existed, but with the internet, the speed of propagation has increased exponentially, putting in evidence the *Fake news*. Given the relevance and influence that this practice can cause in society, this study will address the need for the State to establish a control over the dissemination of false information, given the harm they can cause. The doubt that will seek to be clarified is on what are the difficulties to establish a regulation on the propagation of *fake news* in Brazil. The general objective of this study is to present a panorama on the possibility of being instituted by the State, a form of regulation in the face of *Fake news*, being the best way to be possible the institution of this measure a repressive regulation, combating misinformation, with more information. The method used in this research is the monographic one and the research technique is the bibliographical.

Keywords: False information. Fact-chaking agencies. Regulatory agencies. Social networks. Misinformation.

¹ Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional – IMED com bolsa na modalidade taxa CAPES/PROSUP; Especialista em Direito Administrativo pelo Complexo Educacional Renato Saraiva (CERS); Assessor Jurídico na área de Direito Público; Advogado. Email: vinicius.fortes@imed.edu.br
² Pós-Doutor em Direito pela VUB - Vrije Universiteit Brussel (Bélgica); Doutor em Direito pela UNESA/RJ; Mestre em Direito pela UCS/RS; Coordenador e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado em Direito da IMED - Faculdade Meridional; Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito e Desenvolvimento, certificado pela IMED e pelo CNPq; Pesquisador visitante na Universidad de Zaragoza (Espanha) (2014-2015); Professor visitante na VUB - Vrije Universiteit Brussel (Bélgica), no LSTS - Law, Science, Technology and Society Research Group no âmbito do projeto Brussels Privacy Hub (2016); Advogado; Endereço eletrônico: vinicius.fortes@imed.edu.br

1 INTRODUÇÃO

A informação tem um papel preponderante na sociedade. As pessoas estão cada vez mais sedentas por conhecimento e por notícias sobre os mais variados temas, e o meio mais utilizado para saciar essa busca é a internet, colocando em segundo plano mídias tradicionais como o rádio, a televisão, os jornais e as revistas impressas.

Graças a essa nova perspectiva, atingiu-se um elevado patamar de globalização e informatização, em poucos segundos, na tela de um celular *smartphone*, é possível saber, no Brasil, qualquer acontecimento ocorrido no Japão, mesmo há milhares de quilômetros de distância. Em face disso, algumas questões merecem ser refletidas: com essa rapidez e facilidade de se obter informações através da internet, podemos confiar em tudo que lemos ou vemos? E como é possível controlar a fonte e a veracidade das notícias veiculadas na internet?

Todavia, é notório que não existe um controle efetivo no Brasil sobre a reprodução das *fake news*, isso se deve aos mais variados fatores, principalmente a dificuldade de ser estabelecido um conceito preciso sobre o que são e sobre como exercer uma regulação sem que exista um abuso no direito à liberdade de expressão, assim, o problema que se pretende responder com essa pesquisa é: quais são as dificuldades existentes para se estabelecer uma regulação sobre a propagação de *fake news* no Brasil?

Não é uma tarefa simples estabelecer um controle sobre a proliferação de *fake news* no Brasil, tanto diante dos conflitos entre direitos que podem decorrer dessa medida, como diante do grande número de cidadãos com acesso à internet, mas a hipótese que se pretende confirmar ao longo desta pesquisa é que a regulação das *fake news* pelo Estado é essencial para combater os malefícios que podem apresentar para a sociedade brasileira.

O objetivo geral do estudo em tela é apresentar um panorama sobre a possibilidade de ser instituída pelo Estado, uma forma de regulação em face das *Fake news*. Os objetivos específicos são: (i) conceituar o que é regulação e agências reguladoras; (ii) explicar sobre a regulação da internet no Brasil; (iii) definir as *Fake news*; (iv) explicar quais são as dificuldade de se estabelecer uma regulação estatal sobre as *Fake news*; (v) apresentar meios para combater a propagação das *Fake news*.

O método de abordagem utilizado, neste trabalho, foi o hipotético-dedutivo; o método de procedimento foi o comparativo; o tipo de pesquisa tem natureza qualitativo-exploratória, e as técnicas de pesquisa utilizado foi a pesquisa bibliográfica.

2 ASPECTOS GERAIS DA REGULAÇÃO E DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Em síntese, a regulação pode ser entendida como um modelo de gestão específico definido, para controlar ou gerenciar determinada questão que seria de responsabilidade do governo do Estado, seja alguma área da economia, da saúde, das novas tecnologias ou incontáveis outras. No Brasil, está intrinsecamente ligada com a ideia da Administração Pública, diante da existência de inúmeras agências regulatórias, e também, a sua utilização é uma medida que está relacionada diretamente com o princípio da eficiência do Estado.

Objetivando a finalidade específica de alcançar instrumentos de elevação e proteção da dignidade da pessoa humana, uma das funções do Estado é a de formular políticas públicas, por meio de dois tipos de ações que devem ser realizadas em conjunto para chegar ao propósito final, que seria regular a competitividade dos mercados e promover o bem comum da sociedade. (LEAL, 2014).

Essas medidas devem prezar pelo princípio da eficiência da Administração Pública, devendo o Estado, sempre buscar a melhor alternativa que resulte na menor onerosidade possível, para tratar das mais diversas demandas da sociedade. Este princípio pode ser conceituado da seguinte forma:

Assim, princípio da eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, rimando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social. (MORAES, 1999, p. 30).

Diante do princípio supracitado, surge a ideia da regulação dos setores ou de determinadas questões de uma nação, considerando a dificuldade para o governo de um Estado conseguir atender todas as demandas com a devida atenção. O Estado possui um poder regulador, o qual lhe permite fiscalizar e controlar os serviços prestados por ele e por terceiros, inclusive com relação à economia, podendo optar pela criação de agências reguladoras responsáveis por serviços essenciais à sociedade, sendo um meio mais eficiente de realizar suas atribuições. Assim, convém expor o conceito do que seria a regulação:

[...] neste sentido, por regulação a atividade estatal mediante a qual o Estado, por meio de intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos como a proteção de hipossuficiências ou a consagração de políticas públicas. (NETO, 2002, p.14).

Em complemento ao conceito acima, vale frisar que “do ponto de vista político e econômico, regulação governamental significa a imposição de regras à ação de atores privados (eventualmente estatais), que atuam em determinados mercados. Essas regras podem ser determinadas por meio de atos normativos, sanções, supervisão ou, eventualmente, pela própria inação.” (IDEC, 2011, p.11).

Na Constituição Federal de 1988, em seu art. 174, caput, é reconhecido ao Estado, o papel de “agente normativo e regulador da atividade econômica”, estando assim, garantido pela legislação o poder regulador do Estado, não havendo margens para questionamentos quanto a isso.

Além de ser um meio mais eficiente para administrar determinados setores, a regulação surge diante da obscuridade das leis emitidas pelo Poder Legislativo, decorre da ambiguidade das normas de conduta que são necessárias para governar a vida econômica e social. (GUERRA, 2014).

Os principais objetivos que se busca por meio da regulação estatal de alguma atividade, são definir tarifas justas e razoáveis de energia e transporte, promover condições razoáveis à proteção da vida, saúde e segurança do trabalhador, a redução de custos de tomada de decisão e necessidade de assegurar a credibilidade dos compromissos de longo prazo dos contratos, além dos prazos políticos. (PECI, 2014, p. 50/51).

No nosso país existem 06 (seis) modelos de regulação que são utilizados, havendo a direta, que é a exercida diretamente pelos ministérios e secretarias; as autarquias comuns, que são vinculadas, porém não subordinadas aos ministérios, todavia, os agentes são nomeados pelos ministros e são cargos de livre exoneração; as agências executivas, que a única existente seria o Inmetro (Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia), que é uma autarquia com maior autonomia que as demais; as autarquias especiais, que são o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e o CVM (Comissão de Valores Mobiliários). Essas

entidades não são subordinadas ao poder público central; possuem órgãos de direção colegiados, em que cada diretor recebe um mandato. Detêm autonomia administrativa, financeira e independência decisória; os conselhos profissionais, como por exemplo, o Conselho Regional de Medicina; ainda há a autorregulação exercida pela Ordem dos Advogados do Brasil, como entidade *sui generis*, ou seja, diante de sua natureza única. (GUERRA, 2014, p. 368-369)

Executar com perfeição a proposta apresentada pela regulação, não é uma tarefa simples, existindo várias nuances que devem ser observadas para que venha a ser realmente efetiva, devendo o Estado tomar certos cuidados, como se percebe neste comentário:

A noção de atividade regulatória numa perspectiva de “mediação ativa de interesses” envolve uma dupla atividade estatal. De um lado, o regulador tem de arbitrar interesses de atores sociais e econômicos fortes, como ocorre no equacionamento de conflitos envolvendo compartilhamento de infra-estruturas ou interconexão de redes de suporte a serviços essenciais. Doutro bordo, cumpre ao regulador induzir ou coordenar as atividades em cada segmento específico com vistas a proteger e implementar interesses de atores hipossuficientes. É o que tem lugar na defesa dos consumidores ou no atendimento de políticas públicas (universalização de serviços, redução de desigualdades sociais ou regionais, entre outros). (NETO, 2002, p. 17).

A regulação possui um caráter social, pois como já dito anteriormente, ela deve buscar o bem estar dos cidadãos, devendo assim, buscar e garantir a acessibilidade e a qualidade dos serviços públicos para toda a coletividade. Em face disso, cabe exibir a constatação de Sundfeld (2014, p.119):

Sem adentrar nas minúcias da lei, a verdade é que, com ela, pretende-se a universalização total do serviço de saneamento básico. Para alcançar essa meta, optou-se por obrigar os titulares do serviço a criarem agências reguladoras para o setor, de modo a impor deveres aos prestadores e a criar direitos para os consumidores e para os não consumidores, que possuem direito à expansão do serviço.

Com a menção, no trecho acima, sobre as agências reguladoras, convém apresentar o que seriam esses órgãos, que são pessoas jurídicas de Direito Público interno, normalmente são autarquias da administração indireta e, também possuem um regime jurídico especial, sendo interessante explicar algumas especificidades sobre o assunto em tela:

Paralelamente à disciplina legislativa e regulamentar, que reúne as normas e critérios ordenadores de cada um dos setores objeto de concessão de serviços públicos ao empresário privado, surgem os organismos constituídos pelo Poder Público, para normatizar, aplicar as normas legais, regulamentares e contratuais da atividade sob sua tutela, outorgar e rescindir os contratos de concessão, bem como fiscalizar os serviços concedidos, além de funcionar, em muitos casos, como instância decisória dos conflitos entre as empresas concessionárias e os usuários. (WALD; MORAES, 1999, p. 145).

De uma maneira bem sucinta, o conceito de agências reguladoras pode ser entendido, como coloca Grotti, “em sentido amplo, no direito brasileiro, agência reguladora é qualquer órgão da Administração Direta ou Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta.” (GROTTI, 2004, p. 70).

Seu surgimento ocorreu, principalmente, pela enorme privatização das empresas estatais em nosso país, entre o final do século XX e início deste século. Considerando que o Estado ainda era responsável por alguns dos serviços que vieram a ser privatizados, acabou por criar agências reguladoras para estabelecer normas e diretrizes, além de fiscalizar a prestação de serviços por particulares.

Portanto, em um primeiro momento, as agências reguladoras surgiram em decorrência da desestatização de serviços públicos e exploração de determinadas atividades econômicas. No entanto, hoje elas não se limitam a ser um instrumento de desestatização, mas também regulam atividades da livre iniciativa privada com especial sensibilidade para a coletividade, como ocorre no modelo americano. (SAMPAIO, 2014, p. 318-319).

Existe a ressalva de que as atividades em que o Estado desempenha em conjunto com a iniciativa privada, também estão sujeitas às normas das agências reguladoras, como exemplo, é possível citar a educação, onde há existência de universidades tanto públicas, quanto particulares. No caso, uma autarquia do Estado, criada pelo próprio Estado, deve fiscalizar a atuação da iniciativa privada e, também, do Estado, na área que for de sua incumbência.

Ao estabelecer as normas para a criação das agências reguladoras, o legislador brasileiro escolheu por definir que, atuariam como autarquias, pessoas jurídicas de direito público, que já estavam presentes dentro de nossa legislação, todavia, com o objetivo de diferenciá-las das autarquias que não possuíam poder de regulação, concedeu a elas, a qualidade de possuir um regime especial. Sobre este regime jurídico, Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 178), diz:

(...) Anotou-se que as “agências reguladoras” são autarquias “sob regime especial”. Afinal, em que consistiriam seus regimes especiais? (...) Assim, a lei da ANATEL, em seu art. 8º, § 2º, apresenta como seus traços especificadores “independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira”. A lei da ANS, no art. 1º, parágrafo único, aponta como caracterizadores de tal regime “autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes”; a lei da ANVISA (dantes denominada ANVS), no seu art. 3º, parágrafo único, aponta como caracterizadores de tal regime “independência administrativa, a estabilidade de seus dirigentes e a autonomia financeira” e a lei criadora da ANTT e da ANTAQ indicam, no art. 21, § 2º, que o regime autárquico especial é caracterizado pela “independência administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo de seus dirigentes”.

No entanto, o próprio Mello (2013), menciona em sua obra que esta definição de regime especial, não implica em grandes diferenças do regime tradicional das outras autarquias, uma vez que todas as características ditas acima, são inerentes a todas as autarquias, o que muda é a intensidade em que essas características se apresentam.

Sobre a atuação das agências reguladoras no Brasil, cabem alguns apontamentos:

No Brasil, o sistema financeiro foi o primeiro a ganhar um órgão regulador bem-organizado. O Banco Central – a agência reguladora de maior tradição no Brasil – exerce um poder regulador exemplar, de modo a influenciar as práticas das demais agências existentes. E foi justamente em relação ao Banco Central, sobretudo ao longo das décadas de 1960 e 1970, que primeiro se discutiu sobre a validade ou a invalidade de um poder normativo exercido pela administração pública. Hoje em dia, ao contrário, as agências reguladoras editam normas sem que ninguém considere isso espantoso, apesar das críticas, inclusive no campo da constitucionalidade. (SUNDFELD, 2014, p. 120).

As agências reguladoras possuem um papel de grande importância na estrutura da sociedade brasileira atualmente. Assim, é difícil explicar todas as características delas, com precisão, em poucas páginas, mas pelo que foi exposto, fica clara a relevância que possuem na administração do nosso país.

As principais agências reguladoras existentes no Brasil, segundo informado no próprio site do governo brasileiro, em esfera federal são: Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), Agência Nacional do Petróleo (ANP), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS),

Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), Agência Nacional do Cinema (Ancine), Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e o já mencionado Banco Central (Bacen).

Ainda, podem existir outros órgãos com funções reguladoras no âmbito estadual e municipal, sendo ligadas às respectivas esferas administrativas. Em qualquer dos níveis de organização do estado, elas dependem ou de uma secretaria ou de um ministério, de acordo com Peci (2014, p. 54):

Formalmente, estas dependem dos ministérios, os quais são responsáveis por formular políticas regulatórias. No entanto, ao longo dos anos, o corpo técnico das agências, o conhecimento especializado desses órgãos e o esvaziamento dos ministérios contribuíram para concentrar o processo de formulação e implementação de políticas regulatórias nas agências, abrindo espaço para questionamentos do modelo.

Normalmente, as agências reguladoras produzem as normas específicas sobre as matérias que lhe é competente, por meio de resoluções normativas, o que se relaciona com o que foi dito no início da pesquisa sobre a função da regulação em resolver as obscuridades existentes nas leis, ou até a omissão, considerando que as resoluções não necessitam de aprovação do poder legislativo, todavia, existe a possibilidade de existir regulação por meio de leis ou outros meios de direito público geral, mas as agências atuam por meio das resoluções.

Ainda existem outras possibilidades, por intermédio do direito administrativo, em sentido estrito, como os regulamentos administrativos, os contratos públicos, os processos administrativos e os atos administrativos.

3 A REGULAÇÃO DA INTERNET NO BRASIL

O mundo não é mais o mesmo que era por volta de 1970³, período onde a internet começou a dar os seus primeiros passos. O jeito de se comunicar, se relacionar com as pessoas, ler notícias, se divertir, trabalhar, enfim, a forma de viver, não é mais igual do que era no século passado.

Durante a longínqua década dos anos 60, época em que The Beatles, Pink Floyd, The Rolling Stones e outras grandes bandas surgiram⁴, com suas músicas tocadas nas rádios do mundo todo, inclusive no Brasil, fazendo grande sucesso, que consegue ser mantido até os dias atuais. Durante os anos 60, ouvir frequentemente determinado grupo ou uma música específica a única opção era adquirir os discos de vinil.

A partir dos anos 2000, vários cantores passaram a fazer muito sucesso, como por exemplo, Sean Kingston, Soulja Boy, Justin Bieber, Shawn Mendes, The Weeknd, mas chegaram ao status que possuem, não devido, inicialmente às rádios, muito menos aos discos de vinil, que já se tornaram obsoletos, mas sim graças a internet e as mídias de compartilhamento, como SoundClick, Vine, MySpace, e principalmente, o YouTube, alguns nem atingindo grande representatividade com relação a venda de CDs, os sucessores dos discos de vinil⁵.

As músicas de qualquer um dos cantores citados acima, podem ser ouvidas a qualquer hora de forma gratuita, seja no YouTube, em streamings como o Spotify ou Deezer, ou em

³ Mais informações sobre o surgimento da internet em: SILVA, Werner Leonardo. **Internet foi criada em 1969 com o nome de “Arpanet” nos EUA**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u34809.shtml>. Acesso em 04 de fevereiro de 2019.

⁴ Mais informações sobre o cenário musical dos anos 60 em: PRANDO, Alisson. **Músicas dos Anos 60: O Sucesso que Balançou o Mundo**. Disponível em: <https://www.uppermag.com/musicas-dos-anos-60/>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2019.

⁵ Outros exemplos de cantores e bandas descobertos na internet em: NATALO, Camila. **13 cantores e bandas que foram descobertos na internet**. Disponível em: <http://www.popcidade.com.br/2016/02/18/13-cantores-e-bandas-que-foram-descobertos-na-internet/>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2019.

várias outras mídias, é possível fazer o download delas para ouvirmos em grande parte dos aparelhos eletrônicos. Tudo isso, devido ao advento da internet, que mudou o jeito de ouvirmos músicas, das pessoas atingirem o sucesso, enfim, mudou quase tudo.

Essa relação da evolução do cenário musical, no decorrer dos anos, com a utilização da internet, é apenas um meio de demonstrar como a nossa sociedade evoluiu em torno dessa tecnologia e das inovações decorrentes.

Outro exemplo dessa evolução são as produções cinematográficas, que inicialmente, era necessário ir ao cinema para ver os filmes, após chegaram a TV, foram lançados os filmes em fita VHS, seguindo-se dos DVDs, havendo um sucesso imenso com as famosas locadoras de DVDs, e hoje a maioria dos filmes, são vistos on-line ou obtidos por meio de download, nem sempre de forma legal, ou por meio de streamings, como o NetFlix⁶.

Sobre essa nova faceta que passou a existir diante dos novos meios que surgiram, vale a menção deste comentário:

O uso das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), sobretudo a Internet, expandiu-se para os mais variados meios. Atualmente, são verdadeiras ferramentas para angariar notícias, entretenimento, e até mesmo para fomentar o acesso a informações prestadas pela Administração Pública, bem como para a prática da democracia e cidadania eletrônicas. As TIC formam uma ampla rede de comunicação entre os usuários, transpondo barreiras territoriais, espaciais e temporais, além de fixar verdadeiras relações com os mais diversos sujeitos em escala global. (OLIVEIRA; BARROS; GOULART, 2016, p. 89).

Com as situações expostas, se percebe a rápida evolução da internet, desde o seu surgimento e como os mais diversos setores, indústrias e áreas existentes em nosso meio, se adaptaram à demanda que ela solicitava. Entretanto, um dos pilares que mantém as estruturas do mundo civilizado, não foi capaz de acompanhar essa veloz mutação, ou seja, o direito não é capaz de acompanhar a velocidade com que as demandas e conflitos decorrentes da internet suscitam.

Mesmo diante da grande importância que passou a ter, no Brasil, não foi criada nenhuma agência reguladora para tentar resolver os problemas que vieram junto com a popularização da internet. Na verdade, demorou algum tempo para que fossem estabelecidas leis específicas no Brasil, para tentar normatizar algumas das situações que vieram a ocorrer.

Vale a menção ao Projeto de Lei nº 53, a qual havia sido aprovado inicialmente pelas duas câmaras do Congresso Nacional, que originou a atual Lei 13.709 de 14 de Agosto de 2018, previa a criação de uma agência reguladora para o controle e fiscalização dos dados pessoais dos cidadãos brasileiros na internet, todavia, o Presidente da República que sancionou esta lei, Michel Temer, acabou por vetar essa iniciativa, alegando que a mesma não poderia ser realizada por meio de iniciativa do poder legislativo, necessitando de uma lei específica para sua criação (BRASIL, 2018).

Com o que foi colocado no parágrafo acima, se denota que os legisladores brasileiros perceberam a necessidade da criação de ser estabelecido um controle sobre o que acontece no mundo virtual, diante da relevância que passou a ter, e da influência que exerce na vida dos usuários da internet. Em muitos casos, os crimes cometidos por meio da internet já são previstos ou enquadrados em outros pré-existentes no Código Penal Brasileiro.

Realmente, não é uma tarefa simples realizar a regulação da internet do Brasil, considerando que é extremamente difícil fiscalizar o que ocorre no mundo virtual, pois somente estabelecer as normas, sem que exista o devido controle sobre seu cumprimento, seria

⁶ Mais informações sobre a evolução dos meios de acesso de obras audiovisuais em: **Do VHS ao streaming, conheça a evolução das tecnologias de armazenamento e compartilhamento de vídeo.** Disponível em: <http://www.olhardireto.com.br/noticias/exibir.asp?id=408271¬icia=do-vhs-ao-streaming-conheca-a-evolucao-das-tecnologias-de-armazenamento-e-compartilhamento-de-video>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2019.

não ter efetividade alguma. Além de que, seria necessário um alto investimento financeiro em aparelhos, softwares, capacitação e vários outros pontos que seriam necessários para ser efetiva essa sugestão.

Todavia, algumas medidas foram tomadas pelo Poder Legislativo do nosso país, considerando, que para o Poder Judiciário, já não era mais uma tarefa fácil resolver as demandas resultantes de conflitos cibernéticos, sem o auxílio de uma legislação sobre esse tema. No entanto, por mais que foram estabelecidas várias normas, é praticamente impossível conseguir abranger todos os fatos que podem vir a ocorrer na relação entre direito e internet.

Os primeiros passos foram dados, agora cabe aprimorar, e aumentar a abrangência destas leis que foram criadas. As leis mais notáveis que vieram a ser criadas foram a da Lei de Acesso à Informação (Lei nº. 12.527/2011), a Lei de Crimes Informáticos (Lei nº. 12/737/2012) e, se pode colocar como o destaque substancial dessas medidas que foram tomadas nos últimos anos, a instituição do Marco Civil da Internet (Lei nº. 12.965/2014).

É válida a menção da Lei nº 13.709 de 14 de Agosto de 2018, a qual normatiza com especificidade a proteção de dados pessoais no Brasil, já que este é um dos maiores problemas existentes da sociedade informatizada, tratando sobre a maioria dos pontos necessários para existir o mínimo de proteção das informações do cidadão brasileiro, protegendo-as, inclusive, contra a transferência para outros países e o uso indevido dos dados por empresas privadas.

Com relação a Lei do Acesso à Informação, de forma resumida, pode ser entendida desta forma:

A Lei de Acesso à Informação determina que o tratamento das informações pessoais detidas por entidades e instituições nela abrangidas seja realizado de modo transparente, respeitando o direito fundamental à proteção da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, o que, nos fundamentos defendidos nesta obra, corresponde à proteção do direito fundamental à privacidade. A lei impõe restrições substanciais de acesso a informações pessoais, como o acesso restrito às informações, pelo prazo máximo de cem anos, a agentes públicos autorizados, bem como a possibilidade de acesso ou divulgação a terceiros, mediante prévio consentimento do titular das informações, exceto nos casos previstos no regulamento. (FORTES, 2016, p. 118).

Sobre a chamada Lei de Crimes Informáticos, que foi vulgarmente denominada pelo povo como Lei Carolina Dieckman, em face de que no ano que a lei entrou em vigor, a atriz teve várias fotos íntimas divulgadas na internet, obtidas através de invasão de alguns de seus aparelhos eletrônicos pessoais, conforme notícia divulgada no site do Tribunal de Justiça de Mato Grosso.

Diante desse fato, que atingiu notoriedade nacional, deixou clara a necessidade de uma tipificação penal específica para esse tipo de crime, o que foi feito com a criação da Lei 12.737/2012, que inseriu no Código Penal, o artigo 154-A, disciplinando esta matéria, sendo o seu teor:

Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.
Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. (BRASIL, 2018).

O Marco Civil da Internet foi a grande revolução que ocorreu em nosso país na relação entre direito e internet, foi a primeira legislação específica criada para disciplinar essa matéria, abrangendo vários aspectos que estavam omissos anteriormente nas normas existentes,

estabelecendo um caminho para ser seguido pelos aplicadores do direito nos conflitos resultantes da informatização de nosso país.

O “Marco Civil da Internet” no Brasil, como se sabe, é a Lei que regula o uso da Internet no Brasil, por meio da previsão de princípios e estabelecimento de garantias aos usuários. O texto trata de temas como neutralidade da rede, privacidade e retenção de dados, impondo obrigações para os provedores de serviços de internet. (TEIXEIRA, s/n, 2016).

A iniciativa da criação do Marco Civil da Internet no ano de 2009, também chamada de Constituição da Internet Brasileira, se deu em face da divulgação de atos de espionagem por meios eletrônicos feitos, pelo governo dos Estados Unidos da América, tanto no Brasil como em outros países, assim, foi percebida a urgência do tema.

Os princípios que norteiam esta lei são a neutralidade, a privacidade e o registro de acessos. O primeiro seria a proibição da venda de pacotes e planos de internet, limitados pelo conteúdo ou origem do que se quer acessar ou usufruir, ou com preferência de um conteúdo sobre outro em decorrência do valor pago. (BRASIL, 2018).

A privacidade que é mencionada nesta lei, segue as diretrizes já estabelecidas e garantidas pela Constituição Federal, onde é considerada um dos direitos fundamentais, apenas tendo uma legislação expressa sobre a privacidade das informações, com foco na internet. E os registros de acesso diz respeito aos rastros que são deixados quando alguém acessa a rede, sendo seu armazenamento de responsabilidade dos provedores do serviço, pelo prazo mínimo de um ano. (BRASIL, 2018).

Além das informações aqui mencionadas, o Marco Civil disciplinou uma infinidade de tópicos sobre a internet em nosso país, que é praticamente impossível serem abordados, de maneira precisa, em um estudo de poucas páginas, em que não é o foco principal, todavia, com o exposto ficou clara a importância que a criação desta legislação tem em nosso ordenamento.

Criar uma agência reguladora da internet no Brasil é uma tarefa muito difícil, a melhor solução é o que se está tentando fazer, que é estabelecer normas por meio de leis, todavia, haverá, ainda, inúmeras lacunas que serão notadas quando feito a aplicação das leis existentes, e a grande dificuldade que existe é a fiscalização com relação às normas estabelecidas para verificar sua efetividade, algo que seria mais palpável por meio de uma agência regulatória.

4 AS POSSIBILIDADES DE REGULAÇÃO DAS FAKE NEWS NO DIREITO BRASILEIRO

A facilitação do acesso às tecnologias, apesar de apresentar inúmeros benefícios, e ser de extrema importância para o desenvolvimento de uma sociedade, também traz consigo alguns problemas que passam a ser enfrentados pelo direito, inclusive o brasileiro. Além de que, utilizada indevidamente, imprudentemente e equivocadamente, as tecnologias podem apresentar sérios percalços para a promoção de uma democracia efetiva.

Hoje a internet é o maior meio de divulgação de notícias existente, estando à frente da mídia impressa, do rádio e da televisão, sendo que qualquer um, sem uma fonte confiável, pode escrever algo e espalhar na rede e, em várias vezes, a mentira é tão bem elaborada que muitos acreditam nela, sendo até a fonte de informação inventada.

Cabe esclarecer que a mentira, a invenção, a informação manipulada ou mal-intencionada, sempre fez parte da sociedade, porém, o que mudou foi a maneira e a velocidade como se espalham, e diante disso, os efeitos que passam a exercer na sociedade e na democracia de um Estado.

Conforme pontua D'Ancona (2017, p. 19), entramos em um novo panorama onde os combates políticos e intelectuais estão enfraquecendo a democracia e as ortodoxias diante de uma nova face de um populismo ameaçador. A emoção é colocada acima da razão, a diversidade fica em segundo plano para o nativismo, e a liberdade é substituída por um movimento em busca da autocracia. A política deixou de ser uma exposição de ideias e de propostas, para dar lugar a algo que não soma mais nada para o fortalecimento da democracia. A ciência, que já salvou tantas vidas, realizou tantas descobertas e sempre teve grande relevância, começou a sofrer com suspeitas, e até ser desprezada, sendo contraposta por ideias esdrúxulas.

A mentira sempre existiu, porém, o que mudou com o acesso massivo da população às tecnologias derivadas da internet, como redes sociais, aplicativos de mensagens, portais de notícias eletrônicos e outros, foi a velocidade com que as informações se propagam, tanto as verídicas e pertinentes para a promoção da democracia, tanto quanto as enganosas ou manipuladas.

Para propiciar o melhor entendimento dos apontamentos, que serão realizados nesta pesquisa, obviamente se torna necessário estabelecer os conceitos que serão aplicados para o principal objeto do estudo, ou seja, as *fake news*, que podem ser entendidas como “notícias falsas, em que as falsidades aparecem por intenção deliberada, e não por acidente ou erro.”⁷ (LEVINSON, 2017, p. 11). Outra definição plausível seria de que são “notícias intencionalmente e comprovadamente falsas, podendo enganar os leitores”⁸. (ALLCOTT; GENTZKOW, 2017, p. 213-214).

Esse tema, inicialmente, entrou em evidência nos Estados Unidos com as eleições presidenciais americanas no ano de 2016, onde se elegeu Donald Trump. Este pleito ficou extremamente marcado por polêmicas sobre *fake news*, tanto do lado do presidente eleito, quanto da sua adversária Hilary Clinton.

Segundo informações divulgadas no portal eletrônico do jornal BBC Brasil, um dos maiores escândalos que surgiram nesse período seria a influência de veículos de comunicação russos, principalmente utilizando-se de programas que enviavam mensagens automáticas por meio de perfis genéricos ou até falsos, disseminando *fake news*, com o intuito de tentar manipular os resultados das eleições americanas. Os meios mais utilizados e que atingiam maior alcance eram as redes sociais Twitter e Facebook, além do mecanismo de pesquisa do Google⁹.

É interessante apresentar uma definição mais ampla. Gross (2018, p. 157), explica que as *fake news* são uma espécie de novo conteúdo que é produzido intencionalmente em decorrência do modelo de produção, disseminação e consumo de conteúdo online. No caso, fornece para aqueles que acessam a rede, o que eles querem ler, mesmo que a informação não seja verdadeira, levando os produtores do conteúdo falso a atingir os objetivos almejados, normalmente políticos ou financeiros.

Gross (2018, p. 157) complementa afirmando que o objetivo principal da produção desses conteúdos é explorar as circunstâncias que existem no universo online, que seriam o anonimato, a rapidez com que a informação pode ser disseminada, as fontes de informação fragmentadas e de difícil verificação, além da atenção que consegue obter dos usuários da internet, apelando ao lado emocional e ao sensacionalismo.

Ainda em consonância com a autora supracitada, os principais fins que são visados pelos criadores e/ou divulgadores das *fake news* são obter vantagens financeiras e ou políticas com o seu auxílio, como exemplo, cita o caso de jovens que viviam na Macedônia, que perceberam a possibilidade de auferir lucros financeiros com a viralização de notícias falsas com relação

7 Tradução livre.

8 Tradução livre.

9 Notícia completa em: SENRA, Ricardo. **Candidatos brasileiros poderão ser punidos se usarem robôs para 'fake news' em 2018**. Publicada em 6 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41881703>. Acesso em 15 de janeiro de 2019.

à política norte-americana, não tendo interesse nenhum no resultado final, mas apenas na quantidade de acesso obtidos que poderiam reverter em valores monetários para eles.

A exposição mais complexa do que é *fake news* é extremamente importante, pois, como coloca Rais (2018, p. 106), traduzir literalmente as *fake news* como notícias falsas, não resolve o problema no campo jurídico, considerando que a mentira não é um objeto central do direito. Diante disso, se apresenta a relevância dessa pesquisa, em tentar trazer uma definição útil para ser utilizada nos conflitos levados ao judiciário, principalmente.

Outro apontamento interessante realizado por Rais (2018, p. 107) é: “A polissemia aplicada à expressão *fake news* confunde ainda mais o seu sentido e alcance, ora indicada como se fosse uma notícia falsa, ora como se fosse uma notícia fraudulenta, ora como se fosse uma reportagem deficiente ou parcial, ou, ainda, uma agressão a alguém ou a alguma ideologia.”

As *fake news* ferem alguns dos direitos que são garantidos pela nossa legislação, como a honra e o direito à privacidade, diante disso, tal apontamento nos leva a um debate interessante: em que hipótese um possível controle sobre as notícias que venham a ser vinculadas na internet, feriria o direito à liberdade de expressão ou o direito da população à informação?

A dificuldade em estabelecer uma regulação sobre as *fake news*, surge no momento em que é difícil separar, com exatidão, o que são realmente notícias falsas, sem embasamento algum, de opiniões próprias, interpretações, em alguns casos, até há confusão com notícias verídicas, mas colocadas de uma forma duvidosa ou com a intenção de influenciar o leitor, além das sátiras, paródias, teorias da conspiração.

Uma questão que precisa ser mencionada, é que existe uma diferença entre os conceitos de *fake news* e de desinformação, que precisarão ser levados em consideração, uma vez que ocorrem inúmeras confusões entre ambos. Conforme Rais (2018, p. 150), um relatório produzido pelo High Level Group -HLEG (Grupo independente de Alto Nível sobre as notícias falsas e a desinformação online) da União Europeia, definiu desinformação como sendo “todas as formas de informações falsas, imprecisas ou enganadoras criadas, apresentadas e promovidas para causar prejuízo de maneira proposital ou para fins lucrativos”.

No caso, o que se entende da definição acima, é que as *fake news* estão inseridas dentro da ideia da desinformação, todavia, não são seu único componente, se levando em conta que uma notícia, realmente verdadeira, com fontes confiáveis, dependendo do espaço ou tempo que seja compartilhada, pode adotar uma conotação diferente do seu intento inicial, ou certos trechos de falas de uma pessoa, podem ser recolocados de um forma prejudicial à sua imagem quando mudados de contexto.

Ainda, as sátiras, brincadeiras e os famigerados memes¹⁰; podem ser compartilhados com o objetivo de ludibriar quem as lê, e por alguns, o compartilhamento ocorre por simples desconhecimento e falta de análise.

A pós-verdade é outra definição que precisa ser apresentada para evitar confusões com relação a definição de *fake news*, conforme D’Ancona (2018, p. 20), o Oxford Dictionaries escolheu este termo como a palavra do ano de 2016, definindo-a como a “circunstância em que os fatos objetivos são menos influentes em formar a opinião pública do que os apelos à emoção e à crença pessoal.”

Retornando mais especificamente para o objeto central desta pesquisa, outros exemplos de *fake news*, de grandes proporções e reconhecidos mundialmente, ocorridos nos Estados Unidos, preponderantemente no período eleitoral de 2016 foram a afirmação de que Obama tinha proibido o juramento de lealdade à bandeira nas escolas; de que o Papa Francisco estaria apoiando Donald Trump nas eleições; espalhou-se, também, que Trump estaria oferecendo

¹⁰ O termo é bastante conhecido e utilizado no “mundo da internet”, referindo-se ao fenômeno de “viralização” de uma informação, ou seja, qualquer vídeo, imagem, frase, ideia, música e etc, que se espalhe entre vários usuários rapidamente, alcançando muita popularidade. **Significado de Meme** Disponível em: <https://www.significados.com.br/meme/>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2019.

passagens somente de ida gratuitas para a África e o México para aqueles que não quisessem permanecer nos Estados Unidos; e de que o Líder do Estado Islâmico teria pedido aos cidadãos norte-americanos para que votassem em Hilary Clinton. (D'ANCONA, 2018, p. 55).

No Brasil, nas eleições presidenciais, que ocorreram no ano de 2018, houve uma onda de *fake news*, que fez parte do período eleitoral, onde muitas informações foram manipuladas ou aumentadas, com o intuito de causar prejuízos para os principais candidatos que disputavam o pleito, pois, “as pessoas estão muito expostas às afirmações falsas que constroem uma ‘ilusão de verdade’, em que uma informação imprecisa se torna mais familiar e ao longo do tempo, pode ser vista como verdade.” (SPINELLI; SANTOS, p. 770, 2018).

Imaginando o que estava por ocorrer, foram feitas algumas tentativas para tentar penalizar criminalmente a divulgação de notícias falsas, já até sendo realizado um projeto de lei que não obteve aprovação até este momento (Projeto de Lei do Senado nº 473, de 2017). Todavia, não foi aprovado até o momento das eleições presidenciais, deixando assim, vários dilemas para a resolução do poder judiciário.

Porém, é possível compreender porque não houve a aprovação de tal projeto, considerando todas as problemáticas que se apresentam para estabelecer uma regulação sobre as *fake news*, levando em conta que vários outros direitos fundamentais, como o direito à liberdade de expressão, acabam entrando em conflito, podendo, numa definição equivocada ou imprecisa, criar inúmeros dilemas para o direito brasileiro.

Um dos meios mais eficientes para combater a propagação das *fake news*, são as chamadas agências de *fact-checking*, ou na tradução mais próxima, as agências de checagem de fatos. Seu objetivo é verificar as fontes das notícias, a veracidade dos fatos apresentados e, também, em menor escala, se não houve manipulação em como é informado os acontecimentos. Essa prática já é comum em vários outros países, e há pouco tempo, chegou com força no nosso país. (SPINELLI; SANTOS, 2018).

“No Brasil, três agências são certificadas pelo IFCN (International Factchecking Network): Lupa, Truco e Aos Fatos. As instituições credenciadas devem estabelecer compromissos com apartidarismo e equidade, transparência das fontes e de financiamento da organização, detalhes sobre métodos utilizados e correções francas e amplas.” (SPINELLI; SANTOS, 2018, p. 771).

Vários veículos de comunicação, de alcance nacional, utilizam dos serviços prestados por essa agência, como a revista Época, os jornais Folhas de São Paulo e O Globo, o canal de notícias Globo News, a UOL, Buzzfedd e vários outros, em consonância com o informado por Spinelli e Santos (2018). Sobre o modo de operação das agências de *fact-checking*, cabe ressaltar:

O que faz do fact-checking uma prática relevante ao jornalismo na era da pós-verdade é a preocupação com a transparência e credibilidade. Os métodos de checagem não mudam muito entre as agências, mas todas explicam como chegaram à conclusão sobre a veracidade das informações publicadas, destacando as fontes originais de informação com links e referências. Outro ponto importante para assegurar a qualidade é a busca pela diversidade de personalidades checadas e uma política clara de erros. As agências não checam opiniões e previsões, além de tópicos de pouca relevância para o debate público, como vícios de linguagem, questões de foro íntimo e afins. Assim como as demais plataformas verificadas pela IFCN a partir de seu código de boas práticas, os métodos de checagem são públicos. (SPINELLI; SANTOS, 2018, p. 773).

Esse é um dos meios mais eficientes para combater essa prática maléfica para a sociedade, porém não há como penalizar aquele que inventou a notícia falsa e sendo ainda mais difícil, impor sanções para aqueles que somente compartilharam, considerando que

não existe uma legislação vigente específica sobre a matéria no Brasil, além da dificuldade de torná-la efetiva caso passasse a existir.

Existem algumas possibilidades para tentar amenizar essa disseminação em massa de *fake-news* no Brasil, todas usando do conceito aplicado pelas agências de *fact-checking*, talvez sendo possível a criação de uma agência reguladora das *fake news* pelo próprio governo, ou um apoio do governo para as agências de *fact-checking* para um trabalho em conjunto, ou então, tentar estabelecer normas específicas para esse tema por meio de lei.

O que não pode se manter, é incumbir o do Poder Judiciário de resolver os conflitos suscitados, sem uma legislação para se embasar, como foi com as demandas que envolviam a internet no passado. Não há como resolver todos os conflitos perfeitamente, com base em analogias e princípios, sem que venham a existir divergências entre os tribunais existentes no território brasileiro, podendo implicar, na pior das hipóteses, em algumas decisões, até a prática do ativismo¹¹ pelos magistrados, diante da omissão do poder legislativo.

A liberdade de expressão e o direito à informação são dois dos direitos garantidos pela Constituição, assim é preciso conseguir estabelecer um limite entre a garantia desses direitos e a repressão contra as *fake news*. Sobre isso, vale apresentar a seguinte reflexão que demonstra a análise que deve ser feita pelos legisladores e aplicadores do direito sobre as *fake news*:

A liberdade de expressão não é um direito absoluto, nem ilimitado. Nenhum direito fundamental o é. Como diria Justice Oliver Wendell Holmes, a liberdade de expressão não protege alguém que grite “fogo!” falsamente no interior de um teatro lotado. Assim, em caso de conflito, ela poderá, eventualmente, ceder lugar em favor de outros bens e valores constitucionalmente protegidos. (KOATZ, 2011, p. 401).

Diante do comentário acima, fica perceptível a existência de uma linha tênue entre o combate as *fake news* e o direito à liberdade de expressão, que é um dos maiores dilemas existente nessas demandas, uma vez que o direito de proibir a divulgação de certos conteúdos, sites, matérias e afins, com o intuito de evitar a proliferação de *fake news*, em determinadas situações pode vir a invadir o direito à liberdade de expressão.

Assim, a criação de uma agência reguladora de *fake news*, poderia levar à uma melhor preparação do governo para lidar com essa temática, talvez com o auxílio das agências de *fact-checking*, ou o próprio Estado passando a agir como fiscalizador. para conseguir estabelecer o que é uma informação sem fundamento de uma simples opinião ou exposição é um dos dilemas a ser enfrentados.

Um bom exemplo de atuação do Estado no combate as *fake news* já realizado, é na área da saúde, onde, seja com intenção maliciosa, ou simplesmente diante da confusão com os costumes e os hábitos populares são propagadas informações falsas sobre curas, tratamentos, doenças e afins. O nível de preocupação que atingiu este tipo de atitude, levou o Ministério da Saúde do Brasil a criar uma seção, em seu site¹², especificamente para verificar e analisar a veracidade das notícias divulgadas, tanto nas redes sociais, quanto em portais de notícias.

Alguns bons exemplos que são apresentados no site, os quais foram identificadas como informações falsas, são com relação a vacinas que causam autismo, sobre a possibilidade do chá de graviolas curar o câncer, o comprimido de Paracetamol que contém o vírus Machupo e inúmeras outras afirmações desmentidas, a partir de fatos verídicos expostos pelo Ministério da Saúde, publicamente.

¹¹ O ativismo judicial é “um fenômeno pós-moderno caracterizado pela forte atuação do Poder Judiciário nas relações sociais, de forma a regular políticas públicas e intervir em aspectos da vida privada dos indivíduos”. (CARMO; MESSIAS, p. 196, 2017).

¹² <http://portalsms.saude.gov.br/fakenews>

A medida acima se mostra interessante, uma vez que apresenta resultados, mas atua de forma repressiva, não preventiva, o que poderia ocorrer em censura, considerando que seria possível que existisse um desrespeito ao direito à liberdade de expressão.

Costa Neto (2017, p. 37), apresenta o direito à liberdade de expressão em sua dimensão negativa, ou seja, ele a define como o “direito de expressar-se sem obstáculos ou restrições.” Inclusive, aponta que os maiores obstáculos ao direito anteriormente citado, seriam “a censura, sanções penais, cíveis ou administrativas, ameaças de violência, restrições legais, queimas de livros, softwares de bloqueio de páginas na internet, etc.”

O caminho que deve ser tomado para evitar o máximo possível a ocorrência de censura e da proibição da exposição de ideias pessoais, é a existência de um controle repressivo, não preventivo, pois, permitir que o Estado controle previamente todos os conteúdos que serão divulgados, seja na internet, jornal, rádio ou televisão, colocaria um poder excessivo do Estado sobre os veículos de comunicação.

O melhor meio de combater a desinformação é com informação, ou seja, Maranhão e Campos (2018, p. 218/219), expõem que qualquer mecanismo que seja por meio da exclusão ou retirada de conteúdo ou perfis pode afetar o direito à liberdade de expressão, então, o melhor caminho deve ser combater os males causados pela divulgação fraudulenta, com informações verídicas e esclarecer os fatos para os usuários que acessarem a falsa notícia.

Conforme apontam os autores acima, o ideal é que o próprio conteúdo lesivo, após verificada a sua falsidade, indique o conteúdo esclarecedor de forma destacada, indicando ao leitor as informações verdadeiras e desmentindo os dados errôneos. Esta medida funcionaria perfeitamente em portais eletrônicos e redes sociais, sendo o caminho mais adequado.

Além dos apontamentos realizados acima, outra questão relevante é com relação a definição do como devem ser compreendidas as *fake news*, devendo ficar claro como devem ser interpretadas pelos tribunais para evitar a ocorrência de insegurança jurídica.

No melhor dos cenários, essa definição não deve ser deixada para ser resolvida quando o conflito estiver chegado ao poder judiciário, o ideal seria que já existissem parâmetros anteriores para analisar estas demandas, não ficando a critério do magistrado as definições técnicas, ou seja, definir se é verídica ou não a informação, bem como se as fontes são confiáveis ou são fictícias.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é uma tarefa simples conseguir estabelecer um controle sobre as *fake news* no atual cenário do direito brasileiro, diante da imensidão que é a internet, onde muitas vezes é difícil encontrar vestígios de quem foi o criador ou daqueles que compartilharam, até pela grande proporção que a propagação dessas informações sem fundamentos ou distorcidas podem atingir.

Esse é um fato novo que merece a atenção do direito brasileiro diante da sua relevância e dos conflitos e influências que pode causar na nossa sociedade. Algumas medidas foram propostas pelas câmaras federais do poder legislativo de nosso país, porém ainda contém omissões e obscuridades sobre essa matéria, mas já seria um início para tentar regular esse tema, haja vista que não há nada específico sobre.

No cenário atual, a regulação por meio da legislação é o caminho mais palpável, todavia é de difícil fiscalização e execução, onde talvez, a possibilidade da criação de uma agência reguladora cumpriria melhor a tarefa, mesmo diante das dificuldades existentes, ou como alternativa, seria o apoio do Estado para as agências de *fact-checking* já estabelecidas, como

uma forma de evitar danos decorrentes das *fake news*, as quais já se demonstraram prejudiciais tanto para a política, democracia e até à saúde.

Considerando que a problemática apresentada ao início desta pesquisa foi respondida da melhor forma possível, e que o objetivo geral, bem como os específicos foram cumpridos, além da hipótese ter sido confirmada, uma vez que denota-se que observados certos requisitos, a regulação do Estado sobre as *fake news*, principalmente de forma repressiva, é a melhor medida para combater os males que dela decorrem.

REFERÊNCIAS

ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. **Social Media and Fake news in the 2016 Election**. Journal of Economic Perspectives, Volume 31, Número. 2, 2017, Pág. 211-236. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.31.2.211>. Acesso em: 31 de janeiro de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 06 de janeiro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm. Acesso em: 25/07/2018.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 21 de janeiro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 22 de janeiro de 2019.

BRASIL. **Veto parcial da Lei 13.709, de 14 de Agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2018/lei-13709-14-agosto-2018-787077-veto-156214-pl.html>. Acesso em: 22 de janeiro de 2019.

CARMO, Valter Moura do; MESSIAS, Ewerton Ricardo. **Pós-modernidade e principiologia jurídica**: O ativismo judicial e sua validade no âmbito do Estado Democrático de Direito. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, p. 189-205, Set.-Dez., 2017. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2163/1404>. Acesso em 06 de janeiro de 2019.

COSTA NETO, João. **Liberdade Expressão**: o conflito entre e o legislador e o juiz constitucional. São Paulo: Saraiva, 2017.

D'ANCONA, Matthew. **Pós-verdade**: A nova guerra contra os fatos em tempos de *Fake news*. Tradução: Varlos Szlak. 1. Ed. Barueri: Faro Editorial, 2018.

FORTES, Vinícius Borges. **Os direitos de privacidade e a proteção de dados pessoais na internet**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016.

GOVERNO DO BRASIL. **Agências reguladoras fiscalizam a prestação de serviços públicos**. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/governo/2009/11/agencias-reguladoras>. Acesso em: 03 de janeiro de 2019.

GROSS, Clarissa Piterman. **Fake news e Democracia**: Discutindo o status normativo do falso e a liberdade de expressão. In: *Fake news*: a conexão entre a desinformação e o direito. Coordenador: Diogo Rais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Agências Reguladoras**. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Capa, v. 10. 2004. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/398/265> Acesso em: 31/07/2018.

GUERRA, Sérgio. **Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira**. In: *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar* / Org. Sérgio Guerra. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Defesa do consumidor, participação social e ferramentas para a cidadania: Um banco de dados para o monitoramento da regulação**. São Paulo: IDEC, 2011. Disponível em: <https://idec.org.br/file/22486/download?token=SSVXpCj6>. Acesso em: 31 de janeiro de 2019.

KOATZ, Rafael Lorenzo- Fernandez. **As liberdades de expressão e de imprensa da jurisprudência do STF**. In: D. SARMENTO; I.W. SARLET, Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2011. Disponível em: https://www.academia.edu/16893547/As_liberdades_de_express%C3%A3o_e_de_imprensa_na_jurisprud%C3%Aancia_do_Supremo_Tribunal_Federal. Acesso em: 31 de janeiro de 2019.

LEAL, Carlos Ivan Simonsen. **Prefácio**. In: *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar* / Org. Sérgio Guerra. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

LEVINSON, Paul. **Fake news in real context**. Connected Editions. Edição do Kindle, 2017.

MARANHÃO, Juliano; CAMPOS, Ricardo. **Fake news e autorregulação regulada das redes sociais no Brasil**: fundamentos constitucionais. In: *Fake news e Regulação*. Coordenadores: Georges Abboud; Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. **A nova regulação dos serviços públicos**. Revista Direito Administrativo. Rio De Janeiro. 2002. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46521>. Acesso em: 31 de janeiro de 2019

OLIVEIRA, Rafael Santos de; BARROS, Bruno Mello Corrêa de; GOULART, Gil Monteiro. **As tecnologias da informação e comunicação na (des)construção das relações humanas contemporâneas: implicações do uso do aplicativo Tinder**. Revista Brasileira de Direito, pág. 88-99, jan.-jun. 2016. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/919/840>. Acesso em: 31 de janeiro de 2019.

PECI, Alketa. **Regulação e Administração Pública**. In: Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar / Org. Sérgio Guerra. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

RAIS, Diogo. **Desinformação no contexto democrático**. In: *Fake news* e Regulação. Coordenadores: Georges Abboud; Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

RAIS, Diogo. **Fake news e Eleições**. In: *Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito*. Coordenador: Diogo Rais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SAMPAIO, Patrícia Regina. **Regulação da atividade de petróleo e do gás natural no Brasil**. In: Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar / Org. Sérgio Guerra. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

SENADO FEDERAL. **Projeto de lei nº 53**. Iniciativa: Deputado Federal Milton Monti (PR/SP). Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=7738646&disposition=inline>. Acesso em: 20 de janeiro de 2019.

SPINELLI, Egle Müller; SANTOS, Jéssica de Almeida. **Jornalismo na era da Pós-verdade: fact-checking como ferramenta de combate às fake news**. Revista Observatório, Palmas, v. 4, n. 3, p. 759-782, maio. 2018. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/observatorio/article/view/4629> Acesso em: 31 de janeiro de 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito público e regulação no Brasil**. In: Regulação no Brasil : uma visão multidisciplinar / Org. Sérgio Guerra. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Marco Civil da Internet**. Editora Leya. 2016. Disponível em: https://books.google.com.br/books/about/Marco_Civil_da_Internet.html?id=JwADDAAAQBAJ&redir_esc=y. Acesso em: 22 de janeiro de 2019.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. **Agências reguladoras**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 36, n. 141 jan./mar. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/457/1141-12.pdf?sequence=4> Acesso em: 31 de janeiro de 2019.

SILVA, Werner Leonardo. **Internet foi criada em 1969 com o nome de “Arpanet” nos EUA**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u34809.shtml>. Acesso em 04 de fevereiro de 2019.

PRANDO, Alisson. **Músicas dos Anos 60: O Sucesso que Balançou o Mundo**. Disponível em: <https://www.uppermag.com/musicas-dos-anos-60/>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2019.

NATALO, Camila. **13 cantores e bandas que foram descobertos na internet**. Disponível em: <http://www.popcidade.com.br/2016/02/18/13-cantores-e-bandas-que-foram-descobertos-na-internet/>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2019.

Do VHS ao streaming, conheça a evolução das tecnologias de armazenamento e compartilhamento de vídeo. Disponível em: <http://www.olhardireto.com.br/noticias/exibir.asp?id=408271¬icia=do-vhs-ao-streaming-conheca-a-evolucao-das-tecnologias-de-armazenamento-e-compartilhamento-de-video>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2019.

SENRA, Ricardo. **Candidatos brasileiros poderão ser punidos se usarem robôs para 'fake news' em 2018**. Publicada em 6 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41881703>. Acesso em 15 de janeiro de 2019.

Significado de Meme Disponível em: <https://www.significados.com.br/meme/>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2019.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O DESASTRE AMBIENTAL DE MARIANA E O PAPEL
DA FUNDAÇÃO RENOVA NA REPARAÇÃO DOS DANOS

SANDRO MARCOS GODOY
MATEUS BENITES DIAS

O DESASTRE AMBIENTAL DE MARIANA E O PAPEL DA FUNDAÇÃO RENOVA NA REPARAÇÃO DOS DANOS

THE MARIANA ENVIRONMENTAL DISASTER AND RENOVA FOUNDATION'S ROLE IN DAMAGE REPARATION

Recebido: 17/12/2019
Aprovado: 19/05/2021

Sandro Marcos Godoy¹
Mateus Benites Dias²

RESUMO:

O presente estudo analisou o desastre ambiental de Mariana, ocorrido em novembro de 2015, bem como apresentou os resultados das ações destinadas à reparação dos danos causados pelo evento. Para tanto, procedeu-se à análise de breve histórico do desastre, de exemplos de danos ambientais e sociais dele resultantes, e do papel da Fundação Renova na prática e gerenciamento de ações de reparação e compensação das vítimas, por meio da revisão bibliográfica de reportagens sobre os fatos ocorridos e as suas consequências, bem como de laudos técnicos, documentos oficiais e outros trabalhos sobre o evento. Assim, foi possível perceber que, apesar dos resultados positivos da atuação da Fundação Renova, ainda há muito a ser feito na busca de soluções definitivas pelas empresas responsáveis pelo desastre. Para elaboração do artigo utiliza-se o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica em uma análise crítica-dogmática.

Palavras-chave: Desastre. Mariana. Dano Ambiental. Importância. Fundação Renova.

ABSTRACT:

This paper analyzed the Mariana environmental disaster, which happened in November 2015, as well as presented the results of actions to repair the damage caused by the event. To that end, a brief history of the disaster, examples of environmental and social damage resulting from it, and the role of the Renova Foundation in the undertaking and management of actions for reparation and compensation of victims were analyzed, through the literary review of journalistic reports on the facts and their consequences, as well as technical reports, official documents, and other papers about the events. Thus, it was possible to perceive that, despite the positive results shown by the Renova Foundation, there is still much to be done in the search for definitive solutions by the companies responsible for the disaster. For the elaboration of the article it is used the deductive method and the bibliographical research in a dogmatic critical analysis.

Keywords: Disaster. Mariana. Environmental Damage. Importance. Renova Foundation.

¹ Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália, Doutor em Direito - Função Social do Direito pela FADISP - Faculdade Autônoma de Direito, Mestre em Direito - Teoria do Direito e do Estado pela UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília, Graduado em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente, Especialização em Direito Processual Civil e Especialização em Direito Civil pela Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente. Professor permanente do Programa de Mestrado e Doutorado e da graduação na UNIMAR - Universidade de Marília-SP. Advogado da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP. E-mail: sandromgodoy@uol.com.br

² Mestrando em Direito pela Universidade de Marília - Unimar. Graduado pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado. E-mail: mateusdias@outlook.com.

1 INTRODUÇÃO

Muito embora já tenham se passado pouco mais de quatro anos desde aquele 05 de novembro de 2015, o desastre socioambiental da barragem de Fundão, em Mariana, ainda é objeto de artigos e notícias no Brasil.

O Direito Ambiental se encontra em posição de relativo destaque na atualidade, seja em assuntos de interesse primordialmente interno, como o licenciamento ambiental, ou outros desastres ambientais com impacto local, ou mesmo em relação a questões que ultrapassam fronteiras, como o Acordo de Paris.

Além disso, outra questão que vem ganhando cada vez mais força no mundo jurídico é a solução alternativa de conflitos, como resultado de inovações carreadas em diversas áreas do Direito, vindas do Direito Processual Civil, originadas principalmente com a sanção do Código de Processo Civil de 2015.

Este artigo tem por objetivo abordar um breve histórico do desastre de Mariana, apresentando o resultado das inovações acima descritas na reparação dos danos causados pelo evento.

O presente trabalho foi desenvolvido a partir do método dedutivo em uma análise crítico-dogmática de revisão bibliográfica, utilizando-se matérias jornalísticas que relataram os fatos da tragédia de Mariana, reportagens sobre as consequências do desastre, laudos técnicos elaborados por órgãos públicos e privados, documentos oficiais informando as ações realizadas após o rompimento da barragem de Fundão, outros trabalhos produzidos sobre o evento, e o próprio sítio web da Fundação Renova, o qual apresenta alguns dos documentos acima exemplificados, bem como outros dados pertinentes à pesquisa.

2 ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO

Conforme relatado pela Samarco em seu sítio web³, houve, aos 05 de novembro de 2015, o rompimento da barragem de Fundão, localizada na unidade de Germano, em Mariana, Estado de Minas Gerais, nos arredores do distrito de Bento Rodrigues.

Narrou o evento, em seu estudo, Luciano Motta Nunes Lopes⁴:

No dia 05/11/2015, por volta das 16 h e 20 min, a barragem de Fundão entrou em colapso e rompeu-se. Com a ruptura, cerca de 34 milhões de m³ de rejeitos de minério, o equivalente a quatorze mil piscinas olímpicas, foram diretamente lançados no meio ambiente, atingindo a barragem de Santarém, logo à jusante, causando-lhe sérias avarias e o seu transbordo. [...]

Pari passu ao rompimento da barragem de Fundão e o conseqüente “galgamento” da barragem de Santarém, formou-se uma devastadora tsunami de lama residual que aniquilou Bento Rodrigues e causou sérios transtornos a outros sete distritos de Mariana/MG, além de contaminar importantes rios como o Gualaxo do Norte, do Carmo e o Doce.

A barragem de Fundão era, à época dos acontecimentos, a segunda maior sob controle da Samarco, com volume de rejeitos próximo a 50 milhões de metros cúbicos, sendo superada apenas pela barragem de Santarém, localizada no mesmo complexo, responsável pela retenção de água e sedimentos.

³ SAMARCO. Entenda o rompimento. Disponível em: <<https://www.samarco.com/rompimento-de-fundao/>>. Acesso em: 13 nov. 2019.
⁴ LOPES, Luciano Motta Nunes. O rompimento da barragem de Mariana e seus impactos socioambientais. *Sinapse Múltipla*. Betim: PUC Minas, v. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/sinapsemultipla/article/view/11377>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

Trata-se do maior desastre socioambiental no Brasil no setor de mineração, que, além de tirar a vida de 19 pessoas, dentre os quais estavam empregados a serviço da Samarco e moradores do local, resultou no lançamento de aproximadamente 45 milhões de metros cúbicos de rejeitos na natureza, deslocando-se ao longo dos rios Gualaxo do Norte, do Carmo, e Doce, e atingindo o litoral do Estado do Espírito Santo⁵, percorrendo, nesse trajeto, uma distância total de 663,2 km de cursos d'água⁶.

Com o intuito de investigar as possíveis causas do rompimento da barragem, a Samarco, controlada pela Vale e pela BHP Billiton – responsáveis pela operação em Fundão – contrataram o escritório Cleary Gottlieb Steen & Hamilton⁷, que reuniu especialistas para a elaboração de relatório sobre as causas imediatas do desastre de Mariana⁸, concluído em 25 de agosto de 2016.

O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), por sua vez, já havia elaborado Laudo Técnico Preliminar acerca do ocorrido, descrevendo o rompimento da barragem, discorrendo sobre os impactos ambientais e sociais do evento, e exarando suas conclusões⁹.

Em seu Laudo Técnico, o IBAMA constatou a ocorrência dos seguintes danos ambientais e sociais, como resultado direto do desastre de Mariana¹⁰:

O Ibama está acompanhando a evolução do desastre in loco desde o dia 06/11. Por todo o trajeto, comprovaram-se:

- mortes de trabalhadores da empresa [Samarco] e moradores das comunidades afetadas [...];
- desalojamento de populações;
- devastação de localidades e a consequente desagregação dos vínculos sociais das comunidades;
- destruição de estruturas públicas e privadas (edificações, pontes, ruas etc.);
- destruição de áreas agrícolas e pastos, com perdas de receitas econômicas;
- interrupção da geração de energia elétrica pelas hidrelétricas atingidas (Candonga, Aimorés e Mascarenhas);
- destruição de áreas de preservação permanente e vegetação nativa de Mata Atlântica;
- mortalidade de biodiversidade aquática e fauna terrestre;
- assoreamento de cursos d'água;
- interrupção do abastecimento de água;
- interrupção da pesca por tempo indeterminado;
- interrupção do turismo;
- perda e fragmentação de habitats;
- restrição ou enfraquecimento dos serviços ambientais dos ecossistemas;
- alteração dos padrões de qualidade da água doce, salobra e salgada;
- sensação de perigo e desamparo na população.

5 BRASIL. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. **Rompimento da Barragem de Fundão**: Documentos relacionados ao desastre da Samarco em Mariana/MG. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/recuperacao-ambiental/rompimento-da-barragem-de-fundao-desastre-da-samarco/documentos-relacionados-ao-desastre-da-samarco-em-mariana-mg>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

6 BRASIL. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. **Laudo Técnico Preliminar**: Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_ibama.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019.

7 CLEARY GOTTlieb STEEN & HAMILTON LLP. **Cleary Gottlieb**: Home Page. Disponível em: <<https://www.clearygottlieb.com/>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

8 MORGENSTERN, Norbert R., VICK, Steven G., VIOTTI, Cássio B., WATTS, Bryan D. **Relatório sobre as Causas Imediatas da Ruptura da Barragem de Fundão**. Disponível em: <<http://fundaoinvestigation.com/wp-content/uploads/general/PR/pt/FinalReport.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

9 BRASIL. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. **Laudo Técnico Preliminar**: Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_ibama.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019.

10 BRASIL. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. **Laudo Técnico Preliminar**: Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_ibama.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019.

Ademais, outros órgãos estatais, tanto Estaduais como Federais, instauraram inquéritos a fim de analisar a tragédia socioambiental, apurando suas causas e os entes responsáveis¹¹.

Conforme reportado pela imprensa à época, muito embora os rejeitos liberados no entorno do complexo de barragens não fossem tóxicos, esse material causou danos graves ao meio ambiente, tanto em razão de sua composição, quanto do volume de lama despejado após o rompimento da barragem de Fundão¹².

Certamente as consequências do desastre ambiental desafiam qualquer previsão futura quanto aos impactos negativos ao meio ambiente e, ainda que se empregue a melhor tecnologia atual, pouco se saberá a respeito da dimensão e proporção negativa do passivo ambiental.

3 REPARAÇÃO DOS DANOS AMBIENTAIS E SOCIAIS

Como exposto acima, a tragédia ocorrida em Mariana no final de 2015 causou danos ambientais e sociais, muitos deles irreversíveis ou de difícil reparação a curto e a médio prazo.

Contudo, é de suma importância a reversão de referidos danos, ou ao menos a sua minimização, uma vez que a degradação do meio ambiente pode inclusive causar impactos negativos no processo de desenvolvimento da sociedade¹³.

Por certo, seria impossível restabelecer o status quo ante, porém, em uma análise que se busca atender no presente artigo, poder-se-á identificar medidas emergenciais a serem adotadas tanto na reparação dos danos quanto na prevenção de que outros fenômenos parecidos venham a ocorrer.

3.1 Danos Causados pelo Rompimento da Barragem de Fundão

O distrito de Bento Rodrigues, localidade mais próxima ao complexo de barragens, foi completamente tomado pela lama, resultando no desaparecimento do povoado, e em mais de 600 pessoas que se viram desabrigadas do dia para a noite¹⁴.

Os demais distritos e municípios situados em toda a bacia do rio Doce também sofreram impactos, tanto de ordem social, quanto nos ecossistemas ali presentes. Moradores da região perderam suas casas, ou foram temporariamente desalojados; propriedades rurais foram soterradas, paralisando-se a produção agropecuária; e houve até interrupção na captação de água em localidades de médio e grande porte de Minas Gerais e do Espírito Santo, como Governador Valadares e Colatina, respectivamente¹⁵.

Ademais, os rejeitos da barragem de Fundão afetaram a fauna e a flora não só do entorno do complexo de barragens de Germano, mas também ao longo do rio Doce, uma vez que parte desse material se deslocou pelo curso d'água até a foz do rio, no município de Linhares, no Espírito Santo.

¹¹ LOPES, Luciano Motta Nunes. O rompimento da barragem de Mariana e seus impactos socioambientais. **Sinapse Múltipla**. Betim: PUC Minas, v. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/sinapsemultipla/article/view/11377>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

¹² BARBA, Mariana Della. **Mesmo sem ser tóxica, lama de barragem em Mariana deve prejudicar ecossistema por anos**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/11/151107_barragem_mariana_mdb_fd>. Acesso em: 13 nov. 2019.

¹³ BORGES, Arleciane Emília de Azevêdo; LIMA, Valter Witalo Nelo; VASCONCELOS, Waleska Bezerra de Carvalho; CRUZ, Otto Rodrigo Melo. Sustentabilidade socioambiental: Princípio fundamental para a obtenção do desenvolvimento nacional. **Direito e Desenvolvimento**. João Pessoa: Centro Universitário de João Pessoa, v. 6, n. 12, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/286/268>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

¹⁴ CORRÊA, Hudson; LIMA, Samantha; GOMIDE, Raphael. **Mariana: os dramas e as culpas pela tragédia**. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/11/mariana-os-dramas-e-culpas-pela-tragedia.html>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

¹⁵ SAMARCO. **Entenda o rompimento**. Disponível em: <<https://www.samarco.com/rompimento-de-fundao/>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

No que diz respeito às causas do evento, muito embora, por vezes, ele seja caracterizado como um “acidente”, os laudos técnicos elaborados sobre o tema, ora analisados, convergem ao concluir que o rompimento da barragem de Fundão foi resultado de defeitos em sua construção; da negligência da Samarco, ao não repará-los da forma devida; do conseqüente desrespeito às normas ambientais; e de uma fiscalização deficitária quanto ao cumprimento de referidas normas.

Nesse sentido, afirma Fabíola Perez¹⁶:

A tragédia ocorrida em Minas não foi um acidente. Foi fruto do descaso com que tanto empresas privadas como o poder público tratam de questões como essas, [...] [insistindo] em não aprender com os desastres que poderiam ser evitados.

Já em relação, mais especificamente, ao monitoramento da situação da barragem, reportam Hudson Corrêa, Samantha Lima e Raphael Gomide¹⁷:

A Comissão de Segurança de Barragens classificava a do Fundão como de “baixo risco” de rompimento, mas de “dano potencial alto”. [...] Grandes barragens, como a do Fundão, da Samarco, devem ser monitoradas em tempo integral. Barragens devem ter sensores para identificar pressões ou deformações. Inspeções visuais devem ser feitas para identificar trincas, infiltrações e crescimento de vegetação. A Samarco não [informou] se fazia monitoramento nem se percebeu sinais de falha da barragem.

Prosseguem, ademais, no que diz respeito à falta de fiscalização de barragens no país¹⁸:

Fazia três anos que um técnico do governo federal não comparecia a Bento Rodrigues para vistoriar as barragens que se romperam. A última vez que um fiscal do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) visitou a área atingida foi em 2012. Depois disso, as barragens já passaram por reformas significativas, como o alteamento, sem nunca terem sido monitoradas. A fiscalização é falha por falta de organização e recursos. [...] As mais de 660 barragens de minério, como as da Samarco, ficam sob a guarda do DNPM. Contudo, o DNPM não exige que as empresas emitam relatórios anuais sobre a segurança de suas barragens.

Apresentam, também, argumentos pela falta de rigidez da legislação brasileira, se comparada à de outros países¹⁹:

[...] a legislação brasileira é falha no aspecto de atribuição de responsabilidades. Nos Estados Unidos, a Federal Emergency Management Agency (Fema) é claramente o órgão máximo de fiscalização. No Canadá, essa figura não existe, mas as províncias monitoram as barragens com extrema seriedade. Desde 1995, existe um Guia de Segurança em Barragens, que descreve tudo o que deve ser feito. No Brasil, muitos Estados nem sequer aprovaram legislação sobre o tema.

Resulta, dessa deficiência legal, que as multinacionais atuantes no Brasil não adotam os mesmos procedimentos de segurança de que se valem no exterior, seguindo, para tanto, a legislação local. Citam os autores em questão, a título de exemplo, o caso da BHP Billiton²⁰:

16 PEREZ, Fabíola. **Lama e descaso**. Disponível em: <https://istoe.com.br/440651_LAMA+E+DESCASO/>. Acesso em: 13 nov. 2019.
17 CORRÊA, Hudson; LIMA, Samantha; GOMIDE, Raphael. **Mariana: os dramas e as culpas pela tragédia**. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/11/mariana-os-dramas-e-culpas-pela-tragedia.html>>. Acesso em: 13 nov. 2019.
18 CORRÊA, Hudson; LIMA, Samantha; GOMIDE, Raphael. **Mariana: os dramas e as culpas pela tragédia**. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/11/mariana-os-dramas-e-culpas-pela-tragedia.html>>. Acesso em: 13 nov. 2019.
19 CORRÊA, Hudson; LIMA, Samantha; GOMIDE, Raphael. **Mariana: os dramas e as culpas pela tragédia**. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/11/mariana-os-dramas-e-culpas-pela-tragedia.html>>. Acesso em: 13 nov. 2019.
20 CORRÊA, Hudson; LIMA, Samantha; GOMIDE, Raphael. **Mariana: os dramas e as culpas pela tragédia**. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/11/mariana-os-dramas-e-culpas-pela-tragedia.html>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

Além do Brasil, a BHP explora minério de ferro na Austrália. Lá, em 2012, o departamento público de Meio Ambiente australiano obrigou a BHP a fazer uma avaliação ambiental detalhada da região onde atua e de áreas próximas. Teve de divulgar seu relatório para o público, com um texto simples e claro, e com as fontes de informação, de forma que pudessem ser checadas. Esse tipo de acompanhamento pode até ser sugerido pela lei, mas não é prática no Brasil.

Decorre, portanto, de todo o exposto, o dever de reparação, pela Samarco e suas acionistas, dos danos acima descritos, conforme se verá oportunamente.

3.2 Termo de Transação e Ajustamento de Conduta

Percebeu-se, assim, a necessidade de reparação, pelas empresas responsáveis pela barragem de Fundão, dos danos causados à sociedade e ao meio ambiente como resultado do acidente, em especial levando-se em consideração o dever do Poder Público de proteger e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, por força do disposto no artigo 225 da Constituição Federal de 1988²¹.

E quando se trata de questões que impactam negativamente o meio ambiente, o tempo se mostra um aliado precioso se convergir no interesse do meio ambiente e as possíveis ações de autocomposição tomam contornos importantes, pois evitam a judicialização ou estagnam seus efeitos já no início da lide.

Aliás, não é outra a vontade do legislador senão exaltar as partes à autocomposição como solução dos conflitos através da arbitragem, conciliação ou mediação nos termos do art. 3º da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 que instituiu o Código de Processo Civil²².

Aliás, dando referência à ampliação do TAC como meio importante de preservação e recuperação do meio ambiente negativamente impactado, a doutrina tem ampliado cada vez mais a sua atuação aos legitimados ativos para a propositura da ação civil pública, art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, embora o §6º estabeleça que os “órgãos públicos” estão habilitados à celebração do TAC.

Nem se diga que a expressão “órgãos públicos” restringiria o rol dos legitimados para a celebração do compromisso, na medida em que tal expressão deve ser entendida de forma ampla e abarcar todos aqueles que exercem um “múnus público” na defesa ambiental, ou seja, todos os legitimados do art. 5º.

À luz da ampliação dos legitimados para a defesa do meio ambiente em sintonia com o art. 225 da Carta da República, o rol dos legitimados para a celebração do TAC deve corresponder aos mesmos legitimados para a propositura da ação civil pública, ou seja, todos aqueles elencados no art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, já que estamos diante de um negócio jurídico bilateral *sui generis*.

Parece inaceitável restringir a legitimidade para a celebração do compromisso de ajustamento de conduta extrajudicial enquanto forma de acesso à justiça quando a vontade do legislador foi justamente ampliar o rol dos legitimados para a propositura da ação civil pública e, conseqüentemente, parta a defesa do meio ambiente.²³

21 BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 nov. 2019.

22 GODOY, Sandro Marcos. **O meio ambiente e a função socioambiental da empresa**. Birigui: Editora Boreal, 2017, p. 87.

23 GODOY, Sandro Marcos. **O meio ambiente e a função socioambiental da empresa**. Birigui: Editora Boreal, 2017, p. 97.

Justamente a partir desse propósito foi elaborado e assinado pelas partes envolvidas – desde entidades governamentais até as empresas privadas responsáveis pela operação no complexo de Germano – o competente Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC)²⁴.

O Termo em questão foi idealizado como uma “opção inovadora ao convencional modelo de solução judicial de conflitos”²⁵, e detalha as ações de reparação e as de compensação pelos danos causados pelo rompimento da barragem do Fundão, o modo de realização dessas ações, e a forma de monitoramento do cumprimento dos programas.

Para tanto, tendo em vista a determinação, pelo TTAC, de que as ações de recuperação seriam feitas por uma organização autônoma, integralmente dedicada a essas tarefas, criou-se a Fundação Renova.

3.3 Fundação Renova e a sua Importância no Contexto

Conforme descrito em seu sítio web, “a Fundação Renova é a entidade responsável pela mobilização para a reparação dos danos causados pelo rompimento da barragem de Fundão, em Mariana (MG)”²⁶.

A atuação da Renova encontra-se delimitada no Termo de Transação e Ajustamento de Conduta a que se faz referência acima, bem como em seu estatuto²⁷:

Artigo 6º - A Fundação tem por objeto exclusivo gerir e executar medidas previstas nos programas socioeconômicos e socioambientais, incluindo a promoção de assistência social aos impactados, em decorrência do rompimento da barragem de propriedade da Mantenedora Principal [Samarco], localizada no Complexo de Germano, em Mariana (“Evento”), observada a situação socioambiental e socioeconômica imediatamente anterior a 5 de Novembro de 2015, conforme detalhado no Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta celebrado em 2 de Março de 2016 [...]

O parágrafo único do artigo 6º do Estatuto, por sua vez, aponta a forma de definição dos projetos a serem realizados pela Fundação Renova em sua atuação no cumprimento do acordo firmado com a Administração Pública²⁸:

Parágrafo Único – Os projetos e ações a serem desenvolvidos para o cumprimento do Acordo e dos objetivos estatutários da Fundação serão definidos conforme estudo de avaliação dos impactos socioambientais e socioeconômicos, conforme o caso, decorrentes do Evento, a ser realizado por pessoa física ou jurídica, ou grupo de pessoas físicas ou jurídicas, legalmente habilitadas e contratadas pela Fundação, de forma que todos os projetos, atividades, ações e medidas estabelecidos pelos referidos programas contenham fundamentação científica, quando cabível, e guardem relação de proporcionalidade e eficiência.

Em suma, a Fundação Renova atua nos seguintes focos, agrupados em três eixos temáticos²⁹:

24 BRASIL et al. **Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta**. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2016/07/ttac-final-assinado-para-encaminhamento-e-uso-geral.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

25 FUNDAÇÃO RENOVA. **Sobre o Termo**. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/sobre-o-termo/>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

26 FUNDAÇÃO RENOVA. **A Fundação**. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/a-fundacao/>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

27 FUNDAÇÃO RENOVA. **Estatuto da Fundação Renova**. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2016/10/estatuto-registrado.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

28 FUNDAÇÃO RENOVA. **Estatuto da Fundação Renova**. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2016/10/estatuto-registrado.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

29 FUNDAÇÃO RENOVA. **Sobre o Termo**. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/sobre-o-termo/>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

PESSOAS E COMUNIDADES

- Identificação e indenização
- Educação e cultura
- Saúde e bem-estar
- Comunidades tradicionais e indígenas
- Fomento à economia
- Engajamento e diálogo

TERRA E ÁGUA

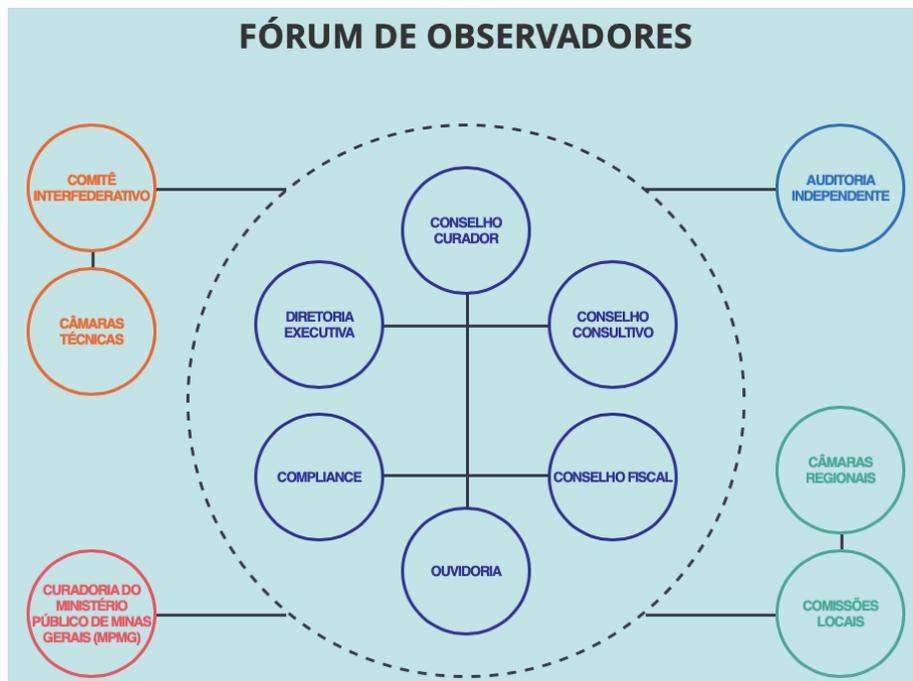
- Uso do solo
- Gestão hídrica
- Manejo de rejeito
- Biodiversidade
- Assistência aos animais
- Inovação

RECONSTRUÇÃO E INFRAESTRUTURA

- Reassentamento
- Contenção de rejeito
- Tratamento de água e efluentes
- Infraestrutura urbana e acessos

Além disso, preocupou-se, na atuação da Fundação Renova, em permitir a fiscalização e atuação de grupos externos interessados, como as comunidades atingidas pelos rejeitos da barragem de Fundão. Para isto, foi assinado um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC Governança) em junho de 2018, que criou um Fórum de Observadores no âmbito da Fundação, estruturado da seguinte forma:

Figura 1 – Estrutura do Fórum de Observadores da Fundação Renova



Fonte: Fundação Renova, 2019³⁰.

³⁰ FUNDAÇÃO RENOVA. **Quem faz parte**. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/quem-faz-parte/>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

Nessa toada, a existência de um grupo interdisciplinar, destinado a assegurar o fiel cumprimento do quanto estipulado no Termo de Transação e Ajustamento de Conduta, traz benefícios não só às empresas envolvidas ou à Administração Pública, mas também à sociedade, que, segundo afirmam Jacopo Paffarini, Mariângela Matarazzo Fanfa Colognese e Eduardo Henrique Hamel³¹, “geralmente não participa da tomada de decisões que podem afetá-la ambientalmente”.

Ressalte-se, por conseguinte, que a atuação da Fundação Renova tem mostrado, nos 42 programas atualmente em execução no contexto da reparação dos danos socioambientais causados pela ruptura da barragem de Fundão, resultados promissores, cujos dados são dispostos em página dedicada do sítio web da Fundação³².

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação de uma fundação, como descrito no capítulo anterior, é uma novidade para o Processo Civil Brasileiro, que permitiu a utilização de um modelo diferenciado para o pagamento das reparações e indenizações devidas.

Certamente, esta nova vertente atende de forma cogente a necessidade iminente e imperiosa de proteção ao patrimônio ambiental que se revela em sua amplitude necessário para a manutenção do status de existência da própria humanidade.

Essa solução surge como uma alternativa positiva em meio a um sistema de proteção ao meio ambiente acostumado com uma fiscalização precária, quando existente, e com a imposição de multas milionárias que acabam sequer sendo pagas, evadindo-se os transgressores de quaisquer responsabilidades para com o meio ambiente e a sua preservação³³.

Se justiça tardia é injustiça, quiçá em termos de proteção ambiental.

Assim, muito embora o objetivo primordial da Fundação Renova seja a reparação dos danos causados ao meio ambiente, à sociedade e, mais especificamente, às famílias das vítimas, é evidente que a opção por essa forma de transação trouxe, de certa forma, benefícios às empresas envolvidas no desastre ambiental de Mariana, permitindo-lhes que atendessem às obrigações decorrentes do ocorrido sem suportar ônus demasiado gravosos, podendo seguir desenvolvendo suas atividades normalmente – por óbvio, desde que atendendo rigorosamente às normas de proteção e preservação do meio ambiente.

Entretanto, há ainda muitos percalços, como a necessidade de que as vítimas apresentem um extenso rol probatório para fazer jus às compensações, o que restou, em grande parte, impossibilitado em razão da destruição de tudo o que tinham.

Outros ainda não se sentem contemplados, como Priscila Monteiro Barros, que sofreu um aborto em decorrência da tragédia de Mariana, e segue lutando para ver o nascituro incluído no rol das vítimas do desastre³⁴.

31 PAFFARINI, Jacopo; COLOGNESE, Mariângela Matarazzo Fanfa; HAMEL, Eduardo Henrique. A insuficiência da responsabilidade socioambiental empresarial na perspectiva do desenvolvimento sustentável. *Direito e Desenvolvimento*. João Pessoa: Centro Universitário de João Pessoa, v. 8, n. 2, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/541/421>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

32 FUNDAÇÃO RENOVA. **Dados da Reparação**. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/dadosdareparacao/>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

33 PAFFARINI, Jacopo; COLOGNESE, Mariângela Matarazzo Fanfa; HAMEL, Eduardo Henrique. A insuficiência da responsabilidade socioambiental empresarial na perspectiva do desenvolvimento sustentável. *Direito e Desenvolvimento*. João Pessoa: Centro Universitário de João Pessoa, v. 8, n. 2, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/541/421>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

34 PAES, Cintia; FIÚZA, Patrícia; MARQUES, Laura. *Mariana*: mulher que abortou na tragédia luta há 4 anos para que bebê seja reconhecido vítima. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/10/29/mariana-familias-ainda-sofrem-impacto-de-rompimento-de-barragem-e-tentam-retomar-suas-vidas.ghtml>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

Por mais que se esforcem para conter o avanço de uma injustiça social causada pelo desastre ambiental, ainda assim os instrumentos jurídicos e extrajudiciais não se mostram suficientemente aptos a dar uma resposta rápida e eficaz.

O surgimento de uma fundação que buscar auxiliar diante da premente necessidade de socorro, seja ao meio ambiente, seja às vítimas da referida tragédia, pode alçar a Justiça Ambiental a um novo e esperado patamar almejado pela sociedade.

REFERÊNCIAS

BARBA, Mariana Della. Mesmo sem ser tóxica, lama de barragem em Mariana deve prejudicar ecossistema por anos. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/11/151107_barragem_mariana_mdb_fd>. Acesso em: 13 nov. 2019.

BORGES, Arleciane Emilia de Azevêdo; LIMA, Valter Witalo Nelo; VASCONCELOS, Waleska Bezerra de Carvalho; CRUZ, Otto Rodrigo Melo. Sustentabilidade socioambiental: Princípio fundamental para a obtenção do desenvolvimento nacional. *Direito e Desenvolvimento*. João Pessoa: Centro Universitário de João Pessoa, v. 6, n. 12, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/286/268>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

BRASIL. Constituição da República do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 nov. 2019.

BRASIL. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. Laudo Técnico Preliminar: Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_Ibama.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019.

BRASIL. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. Rompimento da Barragem de Fundão: Documentos relacionados ao desastre da Samarco em Mariana/MG. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/recuperacao-ambiental/rompimento-da-barragem-de-fundao-desastre-da-samarco/documentos-relacionados-ao-desastre-da-samarco-em-mariana-mg>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

BRASIL et al. Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2016/07/ttac-final-assinado-para-encaminhamento-e-uso-geral.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

CLEARY GOTTlieb STEEN & HAMILTON LLP. Cleary Gottlieb: Home Page. Disponível em: <<https://www.clearygottlieb.com/>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

CORRÊA, Hudson; LIMA, Samantha; GOMIDE, Raphael. Mariana: os dramas e as culpas pela tragédia. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/11/mariana-os-dramas-e-culpas-pela-tragedia.html>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

FUNDAÇÃO RENOVA. A Fundação. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/a-fundacao/>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

FUNDAÇÃO RENOVA. Dados da Reparação. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/dadosdareparacao/>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

FUNDAÇÃO RENOVA. Estatuto da Fundação Renova. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2016/10/estatuto-registrado.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

FUNDAÇÃO RENOVA. Quem faz parte. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/quem-faz-parte/>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

FUNDAÇÃO RENOVA. Sobre o Termo. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/sobre-o-termo/>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

GODOY, Sandro Marcos. O meio ambiente e a função socioambiental da empresa. Birigui: Boreal, 2017.

LOPES, Luciano Motta Nunes. O rompimento da barragem de Mariana e seus impactos socioambientais. Sinapse Múltipla. Betim: PUC Minas, v. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/sinapsemultipla/article/view/11377>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

MORGENSTERN, Norbert R., VICK, Steven G., VIOTTI, Cássio B., WATTS, Bryan D. Relatório sobre as Causas Imediatas da Ruptura da Barragem de Fundão. Disponível em: <<http://fundaoinvestigation.com/wp-content/uploads/general/PR/pt/FinalReport.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

PAES, Cintia; FIÚZA, Patrícia; MARQUES, Laura. Mariana: mulher que abortou na tragédia luta há 4 anos para que bebê seja reconhecido vítima. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/10/29/mariana-familias-ainda-sofrem-impacto-de-rompimento-de-barragem-e-tentam-retomar-suas-vidas.ghtml>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

PAFFARINI, Jacopo; COLOGNESE, Mariângela Matarazzo Fanfa; HAMEL, Eduardo Henrique. A insuficiência da responsabilidade socioambiental empresarial na perspectiva do desenvolvimento sustentável. Direito e Desenvolvimento. João Pessoa: Centro Universitário de João Pessoa, v. 8, n. 2, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/541/421>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

PEREZ, Fabíola. Lama e descaso. Disponível em: <https://istoe.com.br/440651_LAMA+E+DESCASO/>. Acesso em: 13 nov. 2019.

SAMARCO. Entenda o rompimento. Disponível em: <<https://www.samarco.com/rompimento-de-fundao/>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

CREDIT SCORING E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

MARILIA DE MORAES PERES
ADALBERTO SIMÃO FILHO

CREDIT SCORING E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

CREDIT SCORING AND THE PROTECTION OF PERSONAL DATA

Recebido: 14/02/2020
Aprovado: 19/05/2021

Marília de Moraes Peres¹
Adalberto Simão Filho²

RESUMO:

O avanço da tecnologia propiciou o uso de métodos de tratamento de dados, incorporando, no dia a dia de determinadas empresas, filtros que permitem minuciar o usuário. Mas essa utilização indiscriminada vem sendo limitada em vários países do globo, fazendo com que o emprego do tratamento de dados seja adequado às recentes normas. No Brasil, foi sancionada a Lei nº 13.709, em 14 de agosto de 2018 (LGPD), que entrará em vigência em dezembro de 2020, obrigando as companhias nacionais a fazer os devidos ajustes conforme as exigências legais. As instituições financeiras, normalmente, utilizam o procedimento do *credit scoring* para auferir pontuação adequada a cada perfil de solicitante de crédito, sendo que esse sistema requer o emprego de dados. Com a implantação da nova legislação, haverá um impacto sobre o setor do crédito. Todavia, este impacto será diminuto, porém essencial tanto para a liberdade individual quanto para a saúde econômica do país.

Palavras-chave: Finanças. Intermediação Financeira. Estados em desenvolvimento.

ABSTRACT:

The advancement of technology has enabled the use of data processing methods, incorporating, in the daily lives of certain companies, filters that allow the user to be detailed. But such indiscriminate use has been limited in many countries around the globe, making the use of data processing appropriate to recent standards. In Brazil, Law No. 13,709 was approved on August 14, 2018 (LGPD), which will become effective in December 2020, forcing domestic companies to make appropriate adjustments in accordance with legal requirements. Financial institutions usually use the credit scoring procedure to obtain an appropriate score for each credit applicant profile, this system requires the use of data. With the implementation of the new legislation, there will be an impact on the credit sector, but it will be small but essential for the individual freedom and economic health of the country.

Keywords: Finance. Financial Intermediation. Developing States.

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Paulista (2017). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito. Mestre em Direito Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, em 2020, sob a orientação do Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira no período de 2018 a 2020. Bolsista Prosup/CAPES. Participante do Grupo de Estudos: "Justiça Política e Cidadania". Email: md.peres@uol.com.br

² Possui graduação em Direito pela Faculdades Metropolitanas Unidas (1981), mestrado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1991), doutorado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002) e Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra (2009-2011). Atualmente é docente titular da Universidade de Ribeirão Preto-UNAERP, no Programa de Pós-Graduação em Direitos Coletivos e Cidadania, níveis doutorado e mestrado. Professor do programa de pós graduação em direito comercial da COGAE/PUC-SP. Diretor do Escritório de Advocacia Simão Filho Advogados. Tem experiência em Direito Empresarial, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito tecnológico, inovação e proteção de dados, Direitos coletivos, Consumidor e interesses difusos, soluções éticas de conflito, negociações e automediação. Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCont) e do Instituto Avançado de Proteção de Dados (IAPD). Email: adalbertosimao@uol.com.br

1 INTRODUÇÃO

Em maio de 2018, o *General Data Protection Regulation (GDPR)* entrou em vigor no continente europeu. Com a nova legislação, o tratamento de dados pessoais passou a ser regulado vinculando todos os cidadãos europeus e empresas, envolvidas no tratamento de dados, com base em algum dos países da União Europeia. A disposição do artigo 3º da *GDPR*, possui aplicação territorial estendida, uma vez que o mesmo se refere ao “tratamento de dados pessoais efetuados no contexto das atividades de um estabelecimento de um responsável pelo tratamento ou de um subcontratante situado no território da União, independentemente de o tratamento ocorrer dentro ou fora da União”.

Essa aplicação territorial acaba abarcando empresas da União, mesmo que faça tratamento de dados de estrangeiros; ou seja, companhias de fora da União que trabalhem com informações de cidadãos europeus ou não que se encontrem em território europeu.

Outro dispositivo que vincula empresas de fora da União Europeia se encontra no capítulo V, do *GDPR*. Esse capítulo trata da “transferência de dados pessoais para países terceiros ou organizações internacionais”. Assim, a transferência só será possível se as condições do regulamento forem respeitadas, tanto pelo responsável no que se refere ao tratamento quanto pelo subcontratante. Para tanto, haverá uma “decisão de adequação”, à qual só será possível se puderem ser observados os direitos humanos e as liberdades fundamentais, assim como a legislação pertinente em vigor, entre outros insertos no artigo 45º do Regulamento *GDPR*.

O território de aplicação e os dispositivos do artigo 45, provocam reflexos em empresas de todo o planeta, inclusive no Brasil.

Essa situação aliada à aspiração do Brasil na entrada do país na OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), representa a organização que possui uma diretriz sobre a proteção da privacidade e fluxos transfronteiriços de dados pessoais³, acarretando uma mudança na legislação pátria e, em 14 de agosto de 2018, a Lei nº 13.709 foi sancionada. Para que as empresas nacionais e estrangeiras, com negócios no Brasil, possam se adaptar, a referida Lei entrará em vigor após 24 meses de sua publicação, sendo em 2020 o início de sua vigência.

A entrada em vigor dessa legislação tem mexido com vários setores da economia, dentre eles o próprio sistema financeiro e a coleta de dados com fins bancários.

Com foco nos assuntos acima abordados, o presente artigo visa explorar como a Lei de Proteção de dados pessoais brasileira (LGPD) tem impactado o setor das informações pessoais e a concessão de crédito no Brasil. Será feito ainda uma breve explanação sobre a lei nacional, além de investigarmos o sistema de crédito, o funcionamento do *credit scoring* bancário e o cadastro positivo. Por fim, analisaremos a consequência da influência da nova legislação neste setor.

Essa pesquisa é bibliográfica-exploratória construída através do método hipotético-dedutivo. Foi realizada com fomento da bolsa de estudo PROSUP/CAPES.

2 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS – LEI Nº 13.709 DE 14 DE AGOSTO DE 2018

A preocupação com os dados pessoais surgiu porque, atualmente, muitos fatores do nosso dia a dia se relacionam com tais dados sensíveis. Redes sociais, bancos, empresas de marketing, entre outros, capturam nossas informações a cada acesso e os tratam, armazenando

³ OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data.

em um grande banco de dados quais são os nossos gostos, preferências, estilos de vida, e outros aspectos. Essas informações, de forma estruturada, acabam possuindo um valor econômico, tanto para a utilização dentro da própria empresa como para a sua comercialização e, muitas vezes sem respeitar a privacidade do cidadão.

E é exatamente a forma de estruturação da base de dados de maneira que a mesma possa ser eficientemente pesquisada e esta potencialidade de multiutilização para fins diversos como o econômico, que acaba por gerar um valor que não se coaduna em muitos casos, com a necessidade de proteção da privacidade do cidadão. (SIMÃO; SCHWARTZ, 2016, p. 8)

O tratamento de dados, além de ser utilizado em âmbito meramente comercial de marketing ou publicitário, tem impactado outras esferas, como por exemplo a da política. Inclinações políticas expostas em redes sociais, devidamente tratadas, ocasionaram um dos maiores escândalos envolvendo informações pessoais. A empresa *Cambridge Analytica* do grupo inglês *SCL (Strategic Communication Laboratories)*, analisou dados de 50 milhões de pessoas contidos na rede social *facebook*, o que influenciou, através de uma campanha bem arquitetada, a eleição do presidente norte-americano Donald Trump. O caso não termina por aí. Segundo o jornal *O Globo* (2018), o delator Christopher Wylie expôs que a empresa *Cambridge Analytica* participou de mais de 200 eleições pelo mundo.

Fora da esfera política, a questão não se torna diferente. Governos e empresas privadas têm utilizado informações para tirar grandes vantagens. Continuamente o direito à privacidade vem sendo violado com o total desconhecimento do usuário. Desse modo, em um universo de transmissão e coleta de dados, foi necessário repensar a privacidade. É neste contexto que se encontra o pensamento de Doneda (2016, p.14):

(...) a proteção da privacidade na sociedade da informação, tomada na sua forma de proteção de dados pessoais, avança sobre terrenos outrora intransponíveis e nos induz a pensá-la como um elemento que, antes de garantir o isolamento ou a tranquilidade, serve a proporcionar ao indivíduo meios necessários à construção e consolidação de uma esfera privada própria, dentro de um paradigma de vida em relação e sob o signo da solidariedade.

Essa construção de uma esfera privada dentro dos moldes dos meios eletrônicos, em conjunto com uma série de riscos à harmonia da democracia, obrigou o poder público a buscar meios de maior proteção na coleta e no tratamento dos dados pessoais. Após a adoção do Regulamento da União Europeia para a proteção das informações pessoais (*GDPR*), o Brasil rumou no mesmo sentido. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira (*LGPD*) segue os moldes da *GDPR*. Sua área de atuação está no uso indevido, comercialização e vazamento de dados pessoais.

A nova lei tem uma profunda preocupação com a privacidade, trazendo-a tanto como objetivo, no artigo 1º que aduz “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.”, quanto como perspectiva, sendo o primeiro fundamento exposto em seu artigo 2º.⁴

Assim como a *GDPR*, a *LGPD* possui um território de atuação estendido. Contempla qualquer operação de tratamento de dados pessoais por pessoas ou empresas, públicas ou privadas, quando a coleta ou as operações forem executadas no território nacional ou que contenham por objetivo oferta ou fornecimento de bens, serviços ou o próprio tratamento de informações de pessoas localizadas no Brasil. Desse modo, mesmo que as companhias não estejam localizadas fisicamente no país não poderão atuar sem observar os preceitos legais. Da mesma forma, quando o indivíduo nacional ou estrangeiro estiver nesse território, não poderá

⁴ BRASIL, Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018. Art. 2º - A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I - o respeito à privacidade.

ter seus dados tratados sem a observância legal. Tal dispositivo se coaduna com o artigo 3º, do Regulamento europeu mantendo uma sincronia com o mesmo.

Contudo, o artigo 4º, da lei brasileira, traz uma série de exceções, permitindo que o tratamento de dados sejam feitos: por pessoa natural com fins particulares e não lucrativos; para finalidades exclusivamente jornalísticas, artísticas ou acadêmicas; de segurança ou defesa nacional; segurança do Estado; atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de informações com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei⁵.

A referida Lei diferencia os dados e considera dado pessoal uma informação que se relaciona à pessoa natural identificada ou identificável, podendo ser qualquer tipo de informação como nome, endereço, e sendo também através de uma informação processada como o endereço de e-mail corporativo ligando a pessoa a uma determinada empresa. Acrescenta-se ainda o dado pessoal sensível como são os ligados à personalidade, como por exemplo, a religião, a etnia, a opinião política, além das informações referentes à saúde ou à vida sexual, entre outros. E há o dado anonimizado que são aquelas informações relativas a uma pessoa “que não possa ser identificada, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento.”⁶

A Lei contempla, ainda, outras definições como banco de dados, titular, controlador, operador, encarregado, agentes de tratamento, tratamento, entre outros.⁷

Dentre os princípios do artigo 6º, destacam-se a finalidade, a adequação, necessidade, livre acesso, a qualidade dos dados, a transparência, segurança, prevenção, não discriminação e a responsabilização com prestação de contas.

Um dos principais pontos a ser observado pelo novo diploma é a necessidade do consentimento. Até então, dados pessoais eram coletados e tratados sem que o titular tivesse qualquer tipo de informação a este respeito. Agora, as empresas deverão requerer o consentimento do titular de forma expressa, com cláusula em destaque quando fornecido por escrito. O consentimento também poderá ser proporcionalizado de outro modo, desde que demonstre a manifestação de vontade do titular. Deverá ser definido a finalidade da coleta de dados e a que se destinam. Se as informações tiverem destinação de compartilhamento com terceiros, necessitará haver um consentimento adicional. Do mesmo modo, para o tratamento dos dados considerados sensíveis deverá haver consentimento de forma específica e destacada, para finalidades específicas.⁸

Contudo, o artigo 7º, da Lei 13.709, dispõe algumas situações nas quais os dados poderão ser tratados mesmo sem o consentimento do titular. Exemplificando, encontram-se nesse artigo a necessidade de tratamento para cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; para estudos por órgão de pesquisa, sendo que neste caso, sempre que possível, deverá haver a anonimização; proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros, assim como a tutela da saúde e a proteção do crédito.

Devido ao princípio do livre acesso, o titular terá ingresso facilitado aos seus dados, que deverão ser apresentados de forma clara, adequada e ostensiva. O titular ainda terá o direito de saber qual a finalidade; sua forma e duração do acesso aos dados; quem é o controlador; se as informações foram compartilhadas e qual a finalidade.

5 Inciso IV, artigo 4º, Lei 13.709/18

6 Inciso III, artigo 5º, Lei 13.709/18

7 Vide artigo 5º e incisos da Lei 13.709/18

8 Lei 13.709/18, artigo 11, inciso I

A LGPD, nos artigos 17 e 18, ainda confere outros direitos ao titular atendendo sempre os direitos fundamentais de liberdade, intimidade e privacidade. Desse modo, qualquer indivíduo poderá, mediante requisição ao controlador, saber se existe o tratamento de seus dados; acessá-los; corrigir informações incompletas, inexatas ou desatualizadas; anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei⁹; requerer a portabilidade dos dados a outra empresa; eliminar dados pessoais tratados; informação das entidades com as quais os dados foram compartilhados; conhecimento sobre a consequência de não fornecer o consentimento; e revogar o consentimento.

Como pôde ser visto, neste breve apanhado da Lei, a LGPD, vem a alterar a forma como as informações armazenadas por empresas públicas ou privadas estão sendo tratadas. Essa dinâmica deverá ser alterada de forma significativa, conferindo ao titular maior acesso e transparência. Deve-se recordar que a aludida legislação, traz como exceção ao consentimento o tratamento de dados para a proteção do crédito¹⁰. Com relação ao mercado financeiro, questiona-se se esse setor seria impactado com a nova Lei.

3 A LGPD NO SETOR BANCÁRIO: O QUE MUDA PARA O TOMADOR DE CRÉDITO?

3.1 Concessão do crédito através do sistema de *credit scoring*

A concessão de crédito é feita conforme uma análise de risco. Através da captura de dados, as instituições financeiras formam um cadastro e, de acordo com uma fórmula estatística atribuem uma nota ao cliente. Quanto maior a nota, menor risco para a instituição o cliente representa. Neste sentido, temos a definição de Vicente (2001, p.49) para “*Credit score*”:

Credit score pode ser definido como o processo de atribuição de pontos às variáveis de decisão de crédito mediante aplicação de técnicas-estatísticas. Trata-se de processo que define a probabilidade de que um cliente com certas características, pertença ou não a um grupo possuidor de outras determinadas características, consideradas desejáveis (hipótese em que se aprova um limite de crédito) ficando a critério da instituição dar alçada operacional ou não para o gestor atribuir o crédito. Esta técnica estabelece uma regra de discriminação de um determinado cliente solicitante de crédito.

Os autores Santos e Famá consideram que “Para a composição dessa fórmula, os Bancos selecionam as principais informações cadastrais dos clientes e, em seguida, atribuem-lhes pesos ou ponderações de acordo com a importância destacada em suas políticas internas de crédito” (SANTOS; FAMÁ, 2007, p. 108). Esse sistema chamado de *credit scoring* é muito utilizado pelas instituições financeiras. Ele tem por objetivo uma minoração de riscos para as empresas de crédito, que tendo conhecimento sobre o perfil do pretense cliente poderá ou não conceder o crédito ou deverá calcular com que base de juros irá transacionar com esse indivíduo. Apesar de um sistema institucionalizado, acaba trabalhando de forma discriminatória, pelo fato de que se uma pessoa representa um pequeno risco, outra irá representar um grande risco. Neste sentido, Mendes (2014, p.112) expõe que:

Além disso, o sistema de avaliação tem como finalidade dimensionar os riscos de contratação, indicando quais consumidores apresentam ‘menos risco’ de inadimplência. Como é de se esperar, a identificação dos melhores também pressupõe a identificação daqueles considerados os ‘piores consumidores’. Esses são aqueles para quem as empresas têm interesse de oferecer as piores ofertas ou nenhuma oferta. Ademais, esses podem ter

⁹ Lei 13.709/18, artigo 18, inciso IV

¹⁰ Lei 13.709/18, artigo 7º, inciso X

o seu acesso a bens e serviços negado, em razão da sua classificação como um consumidor “ruim”.

O uso desse sistema implica que pessoas com menor capacidade creditícia tenham acesso somente a produtos muito ruins de crédito, arcando com altas taxas e um período de tempo de adimplemento diminuto, o que inviabiliza o acesso ao crédito à camada da população que mais necessita desse tipo de serviço, inclusive para fomentar o empreendedorismo de baixa renda.

3.2 A Legislação Brasileira e o *credit scoring*

A Legislação brasileira já vem se preocupando com os direitos do tomador de crédito. Além de outros, dois importantes dispositivos já regulam a formulação da avaliação e concessão do crédito no Brasil: O Código de Defesa de Consumidor; e a Lei nº 12.414/2011, Lei do Cadastro Positivo. Esses instrumentos serviram de base para que o Relator do Recurso Especial nº 1.419.697 - RS (2013/0386285-0), Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, chegasse à conclusão sobre a licitude do sistema de atribuição de pontos ao tomador de crédito, o *credit scoring*. O Ministro atribuiu aos artigos 5º, IV e 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (Lei do cadastro positivo), a autorização da prática do *credit scoring*. No entanto, ponderou seu uso baseado nas diretrizes do Código de Defesa do Consumidor.

As teses firmadas no referido acórdão vislumbraram não só a licitude do *credit scoring*, como também que:

Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011. Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas.

O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema “credit scoring”, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados.

Citando o artigo 43, do Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Cadastro Positivo, o relator auferiu que não há proibição sobre os arquivos de consumo. Contudo, vislumbrou que antes da Lei 12.414/11, os cadastros continham somente informações negativas, não contemplando o bom pagador.

Nos últimos anos, esses cadastros de registros de informações negativas passaram a ser questionados pelo mercado de consumo, pois, sinalizando apenas o mau pagador, não valorizam o bom consumidor, que cumpre corretamente as suas obrigações. (Resp. nº 1.419.697 – RS- 2013/0386285-0, p.18)

Com o advento da Lei do Cadastro Positivo, passou a ser possível a formação e a consulta a bancos de dados com informações de adimplemento. Se antes as informações se compunham de dados sobre dívidas não pagas, agora conterão também, “outras informações que possam exprimir dados positivos sobre a sua capacidade financeira e o seu histórico de

adimplemento” (BIONI, 2019). Isso desde que haja autorização prévia do “potencial cadastrado mediante consentimento informado por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada”.¹¹

Todavia, a Lei 12.414/11, assegura como direito do cadastrado “conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial;” “solicitar ao consulente a revisão de decisão realizada exclusivamente por meios automatizados; e ter os seus dados pessoais utilizados somente de acordo com a finalidade para a qual eles foram coletados.”¹²

Ressalta-se a Súmula 550, do Superior Tribunal de Justiça que aduz:

A utilização de escore de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo.

Mesmo que o *credit scoring* não seja considerado um banco de dados, o órgão superior não retirou do tomador de crédito a possibilidade de solicitar informações constantes desses cadastros.

Contudo, existe uma diferença básica do banco de dados a que se refere a Lei 12.414/11, com *credit scoring* que habitualmente as instituições financeiras utilizam. A principal diferença está na questão que no primeiro caso, o cliente consentiu que seus dados de adimplemento fossem manipulados e expostos, enquanto no segundo o cliente sequer sabe que suas informações foram passadas por um tratamento específico para gerar uma determinada pontuação.

3.3 O Sistema do *Credit Scoring*, Dados Sensíveis e a LGPD

Sabe-se que, o *credit scoring* não é considerado um instrumento ilícito na concessão do crédito; que a súmula 550, do STJ, aduz que tampouco seja um banco de dados e; que existem algumas legislações pertinentes ao tema. Podemos, portanto, questionar se com o advento da LGPD, em 2018, haveria um encaixe para as instituições financeiras.

A primeira questão é posicionar o cadastro de *credit scoring* na legislação que trata da proteção dos dados pessoais.

Note-se que a própria LGPD contempla o termo “crédito”¹³ em seu conteúdo. Isto demonstra que, apesar de haver especificidades sobre o assunto, ele (*credit scoring*) não se isenta da legislação. Veja-se o §6º, do artigo 7º, que diz que “A eventual dispensa da exigência do consentimento não desobriga os agentes de tratamento das demais obrigações previstas nesta Lei, especialmente da observância dos princípios gerais e da garantia dos direitos do titular.” Nas palavras de Frazão (2018, p. 2-3) “[...] fica claro que os casos de dispensa de consentimento não têm qualquer repercussão sobre os demais direitos dos titulares de dados, os quais continuam igualmente exigíveis.”

Outro interessante dispositivo da Lei se encontra no artigo 12, que trata da anonimização. O §2º, do referido artigo aduz que: “Poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins desta Lei, aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada.” Este parágrafo diz respeito às possíveis informações obtidas através de dados anonimizados que, em conjunto, acabam

¹¹ Lei nº 12.414/11. Artigo 4º, *caput*

¹² Lei nº 12.414/11 Artigo 5º, incisos IV, VI e VII

¹³ Lei 13.709/18. Artigo 7º, inciso X; artigo 20, *caput*;

formando o perfil de uma pessoa, quando reconhecida. Muitas vezes se trata de dados sensíveis provenientes de dados “inofensivos”.

Frazão (2018, p. 2-3), também dita que:

É importante destacar que, por meio da inteligência artificial, cada vez mais é possível inferir dados sensíveis a partir de dados não sensíveis, relacionados a interações no mundo real ou no mundo virtual - as chamadas «pegadas digitais» -, sendo tais inferências utilizadas para a classificação das pessoas em determinados perfis. Por essa razão, o § 2º, do art. 12, da LGPD, já mencionado quando se tratou da anonimização (Parte II), contém importantíssima previsão segundo a qual «Poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins desta Lei, aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada.

Para a composição do *credit scoring*, as empresas agrupam informações como profissão; idade; estado em que nasceu; cidade em que reside; sexo; grau de instrução; estado civil; tipo de residência; tempo em que reside em sua residência atual; indicador de registro no CCF (Cadastro de Cheques sem Fundo) nos últimos 3 anos; indicador de registro do cônjuge no CCF nos últimos 3 anos; tempo de abertura da conta (em meses); tipo da conta; situação do cartão de crédito do correntista na instituição (Correia e Machado, 2004), que podem ser utilizados para se chegar na pontuação acima mencionada.

Note-se que, de acordo com Lei 13.709/18, a maior parte desses dados são os chamados dados pessoais¹⁴, não chegando a poder classificá-los como dados sensíveis. Contudo, informações mais específicas poderão ser classificadas como dados sensíveis.

Segundo Bioni (2019) e outros autores, dados que parecem inofensivos, “triviais”, após determinado tratamento, podem se transformar em um dado sensível. Sendo assim, simples informações podem identificar individualidades como orientação sexual e raça.¹⁵

A formação de um cadastro que tem por objetivo a concessão de crédito, normalmente, se dá por um sistema utilizado para o tratamento dos dados através de uma fórmula automatizada, na qual serão os algoritmos que irão concluir a capacidade creditícia do sujeito (MONTEIRO, 2018). Isso representa uma vantagem às instituições, uma vez que, “as decisões são feitas de forma consistente de acordo com um critério pré-estabelecido a um baixo custo, porque são processadas por um computador e não através do julgamento humano” (VICENTE, 2001). Esse tipo de manipulação de dados, muitas vezes, exclui a ação humana e, os agentes envolvidos (gerente/cliente) não possuem acesso à fórmula utilizada para se determinar a nota alcançada. Desta forma, pode também haver transformações de dados simples em dados sensíveis.

Mendes (2014), cita que:

(...) é fundamental proteger também outros dados que, embora aparentemente insignificantes, podem vir a se tornar sensíveis, a depender do tipo de tratamento sensível dos dados, que é capaz de transformar dados inofensivos em informações potencialmente discriminatórias.

Recorda-se que, sendo possível a manipulação de dados, esta não poderá ser discriminatória e uma das características dos dados sensíveis é o fator discriminação (BIONI, 2019).

¹⁴ Lei 13.709/18, artigo 5º, inciso I.

¹⁵ Ainda que, assim como um dado anônimo pode se tornar um dado pessoal, um dado “trivial” pode também se transmutar em um dado sensível; particularmente, quando se têm disponíveis tecnologias (e.g. *Big Data*) que permitem correlacionar uma série de dados para prever comportamentos e acontecimentos, tal como ocorreu em uma loja de departamentos que identificou quais consumidoras estariam grávidas, precisando, inclusive, o período gestacional. É possível, portanto, identificar individualidades mais sensíveis das pessoas, tais como orientação sexual, raça e estado de saúde, a partir de informações triviais.

3.4 Os dados automatizados na formação do *credit scoring*

Neste ponto, a Lei 13.709/18 poderá influenciar as instituições financeiras. O artigo 20, da referida Lei, dispõe que:

O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.

Apesar de lícito e permitido o *credit scoring*, o tratamento de dados para a proteção do crédito¹⁶, segundo o artigo 20, será possível mediante o acesso à informação contida no banco de dados.

Monteiro (2018, p.10) esclarece que:

Já o artigo 20 da LGPD garante o direito de solicitar a revisão, por um ser humano, de uma decisão tomada unicamente com base em tratamento automatizado. O objetivo é evitar que indivíduos sejam alvo de práticas discriminatórias dos algoritmos responsáveis pela decisão. Todavia, não é qualquer decisão totalmente automatizada que pode ser alvo de uma revisão humana: somente as que afetam os interesses dos titulares dos dados pessoais, o que inclui, mas não se limita, àquelas utilizadas para definir perfis comportamentais de cunho pessoal, profissional, de consumo e de crédito.

O princípio da transparência previsto no inciso VI, do artigo 6º, da LGPD, vigora, também, quanto aos dados informatizados do *credit score*, possibilitando ao indivíduo, que teve suas informações tratadas, esclarecimento sobre os critérios adotados para chegar a tal pontuação.

Ainda Monteiro (2018, p.11), esclarece:

Em síntese, a LGPD garante aos indivíduos o direito a ter acesso a informações sobre que tipos de dados pessoais seus são utilizados para alimentar algoritmos responsáveis por decisões automatizadas. Caso o processo automatizado tenha por finalidade formar perfis comportamentais ou se valha de um perfil comportamental para tomar uma decisão subsequente essa previsão também incluirá o acesso aos dados anonimizados utilizados para enriquecer tais perfis. Esse direito ainda inclui a possibilidade de conhecer os critérios utilizados para tomar a decisão automatizada e de solicitar a revisão da decisão por um ser humano quando esta afetar os interesses dos titulares.

As informações pertinentes ao cliente deverão ser fornecidas pelo controlador de forma clara e adequada. Todavia, a Lei ressalva segredos comercial e industrial.¹⁷ Como não há um dispositivo que afigure o que seriam segredos comercial e industrial, será necessário o estudo caso a caso (MONTEIRO, 2018, p.14). Se não forem concedidas as informações, e sendo observados os segredos comercial e industrial, poderá haver uma auditoria da autoridade nacional para a verificação de aspectos discriminatórios no tratamento dos dados automatizados.¹⁸ Ressalta-se que, a defesa dos titulares deverá ser exercida por ação individual ou coletiva (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016, p.194).

Outro importante ponto a ser debatido está no conteúdo do artigo 21 que diz que “Os dados pessoais referentes ao exercício regular de direitos pelo titular não podem ser utilizados em seu prejuízo.” Resta analisar se este dispositivo impediria o tratamento de dados para a concessão do crédito quando a pontuação se mostrar insuficiente, impedindo a obtenção do

¹⁶ Lei 13.709/18. Artigo 7º, X.

¹⁷ Lei 13.709/18. Artigo 20, § 1º

¹⁸ Lei 13.709/18. Artigo 20, § 2º.

empréstimo. Durante os debates do anteprojeto, propostas avulsas sugeriram sua eliminação justamente com o argumento do limite de crédito:

(A). A lei não deve criar uma vedação ao uso de dados pessoais em prejuízo do titular voltada a dados obtidos legalmente. “O disposto no art. 20, que veda o uso de dados em prejuízo do titular, quando referentes ao exercício regular de direitos, é bastante vago e, por isso, permite interpretações imprecisas. Ao praticar atividades financeiras, por exemplo, o cidadão exerce regularmente seus direitos. No entanto, isso não deveria impedir uma instituição bancária de, com base em tais dados, definir um limite de crédito para o titular dos dados” [Brasscom] “Sugere-se a eliminação do artigo. Tal como o artigo 19, este artigo dispõe sobre uma ingerência desproporcional do estado nas relações contratuais e lesão ao direito de liberdade de contratar”. [Vivo] Autores da proposta: Brasscom, Vivo e ABDTIC (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016, p.194)..

Todavia, o artigo foi mantido, restando às interpretações auferir sobre sua incidência ou não com relação ao *credit scoring*

3.5 Direito ao “apagamento” “Direito de ser esquecido” Direito à eliminação dos dados pessoais

Outras benesses da Lei para o tomador de crédito estão contidas nos artigos 17 e 18, quanto aos direitos dos titulares, além de ser assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade. O titular poderá, através de requerimento, obter acesso aos seus dados e corrigi-los; ter acesso à anonimização, ao bloqueio ou à eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei; requerer a portabilidade para outro fornecedor; conseguir a eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei; dentre outros, ter o direito de revogação do consentimento¹⁹.

O regulamento europeu de proteção de dados pessoais (*GDPR*) expõe, expressamente, o “Direito ao apagamento de seus dados” e entre parênteses “direito de ser esquecido”²⁰. Embora, ainda não pacificado pela doutrina internacional, a natureza do direito ao esquecimento contido no artigo 17º, da *GDPR*, se obteria com a conotação de *right of oblivion* ou de *right of erasure* (Belay, s/d), pois este dispositivo possibilita que dados sejam apagados das plataformas digitais. Não são todos os casos que propiciam esse direito ao apagamento. Nesse sentido, a definição de Reding (2010, p.4) reflete bem o espírito do artigo.

Equally, this could include strengthening the so-called ‘right to be forgotten’, ie the right of individuals to have their data fully removed when they are no longer needed for the purposes for which they were collected or when he or she withdraws consent or when the storage period consented to has expired.

A autora, em poucas palavras, coloca três situações nas quais os dados poderiam ser apagados: quando as informações não forem mais necessárias para o propósito em que foram coletadas; quando se retira o consentimento; e quando o período de armazenamento consentido expirou. O artigo 17º, do *GDPR* é mais extenso e expõe outras possibilidades como a retirada dos dados tratados de forma ilícita²¹.

¹⁹ Lei 13.709/18. Artigo 18

²⁰ GDPR. Artigo 17

²¹ GDPR. Artigo 17, Inciso “d”

A Lei nacional LGPD, não contempla de forma expressa o direito ao apagamento ou direito ao esquecimento. Todavia, como referido anteriormente, os artigos 17 e 18, da lei brasileira trazem alguns direitos do titular e, entre eles, bloqueio e eliminação de dados desnecessários²². Não há dúvida quanto à definição de “bloqueio” e “eliminação” na Lei 13.709/18, já que a própria lei os define nos incisos XIII e XIV, do artigo 5º.²³ Mesmo não havendo um direito ao apagamento na Lei nacional é de grande força o dispositivo que trata do bloqueio e eliminação dos dados pessoais. Nesse contexto, Frazão (2018) observa que:

(...) o inciso VI do art. 18, da LGPD, reforça, como direito dos titulares de dados, a “eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei.” Ao assim fazer, deixa claro que, nos casos de consentimento, a eliminação dos dados tanto na hipótese de revogação do consentimento, como na hipótese do término do prazo de tratamento de dados, é medida ainda mais indispensável.

Com relação ao tratamento de dados para a análise de crédito, existiria uma exceção, já que se trata de uma das possibilidades de tratamento de dados sem a necessidade do consentimento. Mas isso não retira do titular o direito de opor-se quando há descumprimento do disposto na Lei, assim como alude o § 2º, do artigo 18²⁴. Devido ao direito de eliminação de informações desnecessárias, todos aqueles dados excessivos poderão ser revistos e eliminados. “As instituições financeiras podem manter alguns dados para garantir a conformidade com outros regulamentos, mas em todas as outras circunstâncias em que não há justificativa válida, o direito do indivíduo de ser esquecido se aplica” (Equipe Reamp., 2018).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lei 13.709/18, LGPD, que tem por propósito a proteção do titular dos dados pessoais, entrará em vigência em 2020. As empresas que lidam com tratamento de dados pessoais, independentemente, de sua área de atuação, deverão se adequar à nova legislação. Tal situação não objetiva somente atender às novas disposições, como também se ajustar aos moldes das legislações internacionais, pertinentes ao assunto, quando há interesse no trato comercial.

O crédito, como um dos importantes instrumentos de giro da economia, tem encontrado segurança para sua concessão, no sistema de *credit scoring*, sendo uma espécie de coleta e armazenamento de dados que tem por finalidade auferir a capacidade de adimplência de determinado solicitante. Esse sistema, normalmente automatizado, através da manipulação de algoritmos e uma série de tabelas estatísticas, auferem uma nota ou pontos ao pretendo tomador de crédito. O fato de ser um sistema altamente automatizado o torna obscuro, impossibilitando às pessoas envolvidas a compreensão tanto dos dados implicados como a fórmula utilizada para que fosse auferida a pontuação em si.

Pode ocorrer de um solicitante, mesmo que pessoa idônea e sem dívidas na praça, possuir uma pontuação demasiada baixa e, assim, ter sua pretensão negada ou uma taxa de juros acima do habitual impossibilitando o empréstimo em questão. Apesar de haver algumas legislações regulando o assunto, até o momento, o sistema de *scoring* tem ficado velado nas instituições financeiras.

²² Lei 13.709/18. Artigo 18, inciso VI

²³ Lei 13.709/18. Artigo 5º, incisos XIII e XIV – “XIII - bloqueio: suspensão temporária de qualquer operação de tratamento, mediante guarda do dado pessoal ou do banco de dados; XIV - eliminação: exclusão de dado ou de conjunto de dados armazenados em banco de dados, independentemente do procedimento empregado.

²⁴ Lei 13.709/18. Artigo 18, § 2º. O titular pode opor-se a tratamento realizado com fundamento em uma das hipóteses de dispensa de consentimento, em caso de descumprimento ao disposto nesta Lei.

Foi constatado que o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o sistema de *credit scoring* é lícito no país. E após a promulgação da Lei do Cadastro Positivo, foi permitido o uso de informações positivas no cadastro com finalidade de concessão de crédito. Atualmente é necessário o consentimento do titular para constar nos cadastros positivos, apesar de haver em tramitação uma alteração da referida lei passando do *opt-in* para o *opt-out*, ou seja, todos constariam automaticamente do cadastro e quem não quisesse deveria requerer sua saída.

No presente, as instituições financeiras trabalham tanto com o cadastro positivo quanto com o *credit scoring* habitual (contendo informações negativas). Com o advento da LGPD, algumas observações deverão ser consideradas pelas instituições que trabalham com crédito.

O principal impacto da LGPD será sentido por outras estruturas que trabalham com tratamento de dados pessoais, sendo que poucos aspectos influenciarão a estrutura do setor de crédito.

A lei possibilita o tratamento de dados pessoais para a concessão do crédito, mas não quanto aos dados sensíveis. As poucas alterações a serem observadas serão quanto aos dados sensíveis e a automação dos cálculos para chegar a determinada pontuação. Como no caso do *credit scoring* as decisões acabam sendo tomadas através de uma formulação totalmente automatizada. Sendo assim, o titular poderá requerer sua revisão e o controlador deverá fornecer “informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada.”²⁵. O parágrafo ressalva os segredos comercial e industrial, embora não especifique o que viria a ser esses segredos. Dados desnecessários, excessivos, tratados em desconformidade com a lei, inexatos e sensíveis poderão ser bloqueados ou apagados. No mais, algo ainda nebuloso é o conteúdo do artigo 21, com relação ao *credit scoring*, que observa que “os dados pessoais referentes ao exercício regular de direitos pelo titular não podem ser utilizados em seu prejuízo.” Neste ponto, acredita-se ser necessário estender o debate, se tal dispositivo impediria a utilização de dados obtidos legalmente para a negativa da concessão do crédito.

Sublinha-se que, mesmo que se entenda necessário que as instituições financeiras devem se revestir da maior segurança possível para a concessão do crédito, o setor público poderá sempre se esforçar por uma maior transparência, tanto dos dados constantes quanto da fórmula adotada no *credit scoring*. A Lei não deve isentar as instituições de apresentar a formulação utilizada para se chegar ao *score* em questão com base nos segredos comercial e industrial. Esse aspecto deverá ser elucidado e posto às claras no que significa, exatamente, “segredo comercial e industrial” no tratamento de dados pessoais, uma vez que, a obscuridade e a opacidade no *credit scoring* pode esconder interesses ilegítimos, tais como aqueles que levaram à crise imobiliária de 2008 (Paschoale, 2015, p.102), nos Estados Unidos e outros países. A formulação deve ser manipulada de modo a aferir o interesse de poucos contra muitos. Destarte, ressalta-se ser imprescindível a transparência dos meios altamente automatizados.

REFERÊNCIAS

BELAY, Raquel C. M. **Direito ao Esquecimento e o Regulamento Geral Sobre a Proteção de Dados Pessoais: Entre Garantias e Ameaça à Liberdade de Expressão**. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rpdue/article/download/68238/65864. Acesso em: 17 jan. 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. Editora Forense, Rio de Janeiro. 2019. E book Kindle.

²⁵ Lei 13.709/18. Artigo 20, § 1º

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **O que está em jogo no debate sobre dados pessoais no Brasil? Relatório final sobre o debate público promovido pelo Ministério da Justiça sobre o anteprojeto de lei de proteção de dados pessoais.** Disponível em: http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2016/05/reportaapl._dadospessoais_final.pdf. Acesso em 19 jan.2020.

CORRÊA, Marcelo França; MACHADO, Maria Augusta Soares. **Construção de um Modelo de Credit Scoring Baseado em Redes Neurais para Previsão de Inadimplência na Concessão de Micro-Crédito.** Artigo. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/enanpad2004-fin-0884.pdf>. Acesso em: 14 jan.2020.

DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais.** Capítulo 1. Disponível em: <http://renatoleitemonteiro.com.br/wp-content/uploads/2016/09/Danilo-Doneda-Da-privacidade-a-protecao-de-dados.pdf>. Acesso em: 14 jan.2020.

EQUIPE REAMP. **Como a LGPD afeta o departamento financeiro?** Publicado no dia 31 de outubro de 2018. Disponível em: <http://reamp.com.br/blog/2018/10/como-a-lgpd-afeta-o-departamento-financeiro/> Acesso em: 14 jan.2020.

FRAZÃO, Ana. **A nova Lei Geral de Proteção de Dados Repercussões para a atividade empresarial: o tratamento dos dados pessoais sensíveis e o tratamento dos dados de crianças e adolescentes Parte VI.** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicaoempresa-e-mercado/nova-lgpd-tratamento-dos-dados-de-criancas-e-adolescentes-03102018>. Acesso em: Acesso em: 17 jan.2020.

FRAZÃO, Ana. **Nova LGPD: as demais hipóteses de tratamento de dados pessoais. A quarta parte de uma série sobre as repercussões para a atividade empresarial.** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/nova-lgpd-as-demais-hipoteses-de-tratamento-de-dados-pessoais-19092018>. Acesso em: 17 jan.2020.

FRAZÃO, Ana. **A nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.** Principais repercussões para a atividade empresarial: direito de anonimização, bloqueio ou eliminação de dados. Parte X. Disponível em: http://anafrazao.com.br/files/publicacoes/2018-10-31-A_nova_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais_Principais_repercussoes_para_a_atividade_empresarial_direito_de_anonimizacao_bloqueio_ou_elimizacao_de_dados_Parte_X.pdf. Acesso em: 17 jan. 2020.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um direito fundamental,** São Paulo, Saraiva, 2014.

MONTEIRO, Renato Leite. **Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil?** Instituto Igarapé. Artigo Estratégico 39. Dezembro, 2018. Disponível em: <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Existe-um-direito-a-explicacao-na-Lei-Geral-de-Protecao-de-Dados-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2020.

OECD **Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data.** Disponível em: <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/>

oecdguidelinesontheprotectionofprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm. Acesso em: 26 jan.2020.

O GLOBO MUNDO. **Matriz da Cambridge Analytica participou de mais de 200 eleições, diz delator**. De 22/03/2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/matriz-da-cambridge-analytica-participou-de-mais-de-200-eleicoes-diz-delator-22515244>. Acesso em: 12 jan. 2020.

PASQUALE, Frank. **The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information**. Harvard University Press. Cambridge Massachussets. London England. 2015. Disponível em: https://doc.lagout.org/science/o_Computer%2oScience/2_Algorithms/The%2oBlack%2oBox%2oSociety_%2oThe%2oSecret%2oAlgorithms%2othat%2oControl%2oMoney%2oand%2oInformation%2o%5BPasquale%2o2015-01-05%5D.pdf. Acesso em: 13 jan.2020.

REDING, Viviane. **Tomorrow's Privacy**. PDF. Artigo. International Data Privacy Law, 2011, Vol. 1, No. 1. 17 de novembro de 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/idpl/ipq007>. Acesso em: 17 jan.2020.

SANTOS, José Odálio dos; FAMÁ, Rubens. **Avaliação da aplicabilidade de um modelo de credit scoring com variáveis sistêmicas e não-sistêmicas em carteiras de crédito bancário rotativo de pessoas físicas**. Rev. contab. finanç. vol.18 no.44 São Paulo May/Aug. 2007. Print version ISSN 1519-7077 On-line version ISSN 1808-057X. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-70772007000200009&lang=pt. Acesso em: 13 jan. 2020.

SIMÃO FILHO, Adalberto; SCHWARTZ, Germano André Doederlin. **Big Data Big Problema! O Paradoxo entre o Direito à Privacidade e o Crescimento Sustentável**. IV Encontro Internacional do Compedi. (4. : 2016 : Oñati, ES), Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3644>. Acesso em: 12/01/2019

STJ. **Recurso Especial. Nº 1.419.697 - RS (2013/0386285-0)**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/114173/Julgado_2.pdf. Acesso em: 13 jan.2020.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. **Regulamento 2016/679 de 27 de abril de 2016**. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Publicações da União Europeia. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=pt>. Acesso em 11 jan.2020.

VICENTE. Ernesto F. R. **A estimativa do risco na constituição da PDD**. Dissertação de Mestrado, USP. São Paulo: maio/2001. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12136/tde-31012002-000545/pt-br.php>. Acesso em: 15 jan.2020.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A LIVRE INICIATIVA COMO FATOR DE
DESENVOLVIMENTO NA ORDEM ECONÔMICA

RAFAEL OLIVEIRA MONACO
ROGERIO BORBA DA SILVA

A LIVRE INICIATIVA COMO FATOR DE DESENVOLVIMENTO NA ORDEM ECONÔMICA

THE FREE INITIATIVE AS A DEVELOPMENT FACTOR IN THE ECONOMIC ORDER

Recebido: 27/02/2020
Aprovado: 21/07/2021

Rafael Oliveira Monaco¹
Rogerio Borba da Silva²

RESUMO:

O presente artigo tem por objeto tratar da livre iniciativa como fator de desenvolvimento na Ordem Econômica. Para o alcance do objetivo a pesquisa iniciou pelos aspectos gerais relativos à constitucionalização da Economia plasmada em uma Ordem Constitucional Econômica. Em seguida se tratou dos sistemas econômicos de produção até à consagração da livre iniciativa em toda a sua envergadura. Logo depois, se verificou a evolução legislativa da livre iniciativa, no Direito Brasileiro, com a explanação de seu conceito e natureza jurídica. Após se demonstrou que o alcance do Desenvolvimento perpassa pela ideia de plena liberdade indo além do mero crescimento econômico. Para o alcance do escopo, a pesquisa buscou realizar uma revisão bibliográfica sobre o tema, bem como se valeu de uma metodologia quantitativa, por meio de dados estatísticos extraídos de fontes oficiais. A pesquisa converge para a demonstração de que a liberdade econômica é essencial para o alcance do Desenvolvimento de um país devendo ser empreendido esforços para o resgate da informalidade constituindo dever do Estado a criação de instrumentos que estimulem a iniciativa empreendedora e que garantam o fluxo e a segurança jurídica das transações.

Palavras-chave: Ordem Econômica. Livre Iniciativa. Desenvolvimento.

JEL: K100 (Constitutional law)

ABSTRACT:

The purpose of this article is to deal with free enterprise as a factor of development in the Economic Order. In order to achieve the objective, the research started with the general aspects related to the constitutionalization of the Economy, formed in an Economic Constitutional Order. Then it was about the economic systems of production until the establishment of free enterprise in all its scope. Soon after, there was the legislative evolution of free initiative, in Brazilian Law, with

¹ Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro aprovado no XXIX concurso da Magistratura em 2005. Possui graduação em Direito pela Universidade Cândido Mendes (2001). Professor de Direito Empresarial na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Universidade Cândido Mendes - RJ (UCAM) Doutorando em Direito, Instituições e Negócios pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Email: rafaelomonaco@gmail.com

² É Doutor em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Estado do Rio de Janeiro. Possui graduação em Direito pela Universidade Cândido Mendes e Mestrado em Direito pelo Centro Universitário Fluminense. É Coordenador do projeto de pesquisa «Licenciamento Ambiental Municipal: Implementação e Aperfeiçoamento pós LC 140\2011». Foi Conselheiro Seccional e Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Rio de Janeiro (2010-2012). É Diretor Administrativo e de Benefícios do Fundo de Previdência Multipatrocinado da Ordem dos Advogados do Brasil ? Seção do Rio de Janeiro. Foi Assessor Jurídico Chefe da Fundação Superintendência Estadual de Rio e Lagoas do Estado do Rio de Janeiro (2007-2008), auxiliando na implementação do Instituto Estadual do Ambiente no Rio de Janeiro. Tem experiência de pesquisa em Direito Ambiental, Direito Administrativo e Sociologia Ambiental. É autor de livros e diversos artigos na área jurídica. Membro da Liga Mundial de Advogados Ambientalistas, da Fundação Internacional de Sustentabilidade Ambiental e Territorial e do Instituto dos Advogados Brasileiros. Advogado e Parecerista. Email: rogerioborba@gmail.com

the explanation of its concept and legal nature. Afterwards, it was demonstrated that the reach of Development goes beyond the idea of full freedom, going beyond mere economic growth. To reach the scope, the research sought to carry out a bibliographic review on the theme, as well as using a quantitative methodology, using statistical data extracted from official sources. The research converges to the demonstration that economic freedom is essential for the achievement of the development of a country and efforts must be made to rescue informality, constituting the duty of the State to create instruments that stimulate entrepreneurial initiative and that guarantee the flow and security transactions.

Keywords: Economic Order. Free Initiative. Development.

INTRODUÇÃO: A ORDEM ECONÔMICA E A CONSTITUIÇÃO

Não tem sabor de novidade dizer que, decorridos trinta anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, desde 1988, a mesma abraçou todo um título sob a ótica da Ordem Econômica e Financeira³.

Não se trata, contudo, de postura inovadora. As Cartas Constitucionais precedentes já dispunham de segmento nesse sentido, mas em menor escala. O mérito, portanto, da atual Carta Política, reside no trato da matéria, conjugando esforços de variados matizes para a harmonização dos interesses contrapostos no mercado.

No entanto, esse segmento constitucional, que reflete o relacionamento entre o Estado e a Economia, ainda é por muitos um capítulo desconhecido da Constituição.

O chamado Direito Constitucional Econômico ainda se apresenta, pois, como um tema místico, não obstante a sua importância, cada vez maior, diante de uma crescente cobrança pelo atendimento de demandas sociais, limitado, no entanto, à escassez dos recursos Estatais.

O importante, pois, é que o Estado reconheceu, a partir deste novo marco, a existência de uma certa “Ordem Econômica”⁴ e a traz para o bojo de sua configuração, enquanto ente estruturante, além das funções típicas de conotação política e social.

Essa ordem econômica constitucionalizada, então, pode ser compreendida em duas vertentes. A primeira relativa ao aspecto fático das relações econômicas propriamente ditas (mundo do ser), enquanto fator concreto de trocas no mercado entre os agentes econômicos que buscam a maximização da riqueza.

A segunda, no entanto, compreende o perfil normativo, como um conjunto de normas jurídicas conformadoras de um determinado modelo de produção, visando à afetação da economia a determinadas finalidades constitucionais (mundo do dever ser).

Trata-se, portanto, de reconhecer a constitucionalização da ordem econômica ou da configuração de uma própria “Constituição Econômica”⁵ definidora do regime de produção, delimitadora do campo da iniciativa pública e privada e determinadora de finalidades específicas com princípios superiores que orientam essa organização da Economia.

Assim, pode-se conceituar essa Constituição Econômica como parte da Constituição Formal que, através de um conjunto de princípios e normas, orienta o funcionamento e a organização da atividade econômica, regulamenta o seu exercício, bem como disciplina as

³ Vale ressaltar que a primeira Constituição Brasileira a consagrar a ordem econômica foi a de 1934, no art. 115, onde dispunha que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”.

⁴ “A expressão “ordem econômica” tem sido empregada para fazer denotar a parcela do sistema normativo voltada para a regulação das relações econômicas que correm em um Estado. Seria, pois, a *ordem jurídica da economia*, e “ordem”, nesse sentido, já denota a ordenação, ou seja, a dimensão jurídica do econômico”. TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011, p. 82.

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves (a). **Comentários a Constituição Brasileira de 1988**. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 01.

formas de intervenção do Estado na economia, com vistas ao desenvolvimento nacional, a existência de uma vida digna e a realização da justiça social.

Se especializa, assim, a conformação de um sistema econômico refletido a partir de um determinado modo de produção e se equaliza as relações de poder daí decorrentes.

Com idêntico enfoque, as palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁶ para quem:

“O Direito Constitucional Econômico tem, pois, como objeto as bases da organização jurídica da economia. Seu propósito é estabelecer o controle da economia, porque esta enseja fenômenos de poder. Consiste, assim, nas regras jurídicas que regem a atuação do indivíduo, dos grupos, do Estado, no domínio econômico. Compreende, pois, as normas jurídicas básicas que regulam a economia, disciplinando-a, e especialmente controlam o poder econômico, limitando-o, com o fito de prevenir-lhe os abusos”.

A Constituição Econômica é dotada, pois, de um sentido finalístico ou teleológico, ao estabelecer de um lado um dever ser econômico⁷, e de outro, determinar um modo de ser jurídico dos sujeitos econômicos, em nítida simbiose, tendo por base uma trilogia estrutural econômica sedimentada nas figuras do Estado, da Empresa e do Mercado⁸.

O primeiro confere legitimidade ao modelo de produção, por meio de um regime normativo que assegura a existência de uma economia descentralizada e de livre participação⁹; o segundo, configura o exercício da própria atividade econômica, através de uma organização mercantil; já o terceiro é entendido como um espaço destinado às transações mercantis sobre bens e serviços, o que facilita a operabilidade das trocas comerciais entre os agentes econômicos impulsionando o desenvolvimento em caráter local, regional, nacional e até internacional¹⁰.

Nenhum dos três elementos acima indicados, contudo, é obra do acaso e age de maneira isolada. É preciso um estopim, uma fagulha que deflagre o processo de “combustão econômica” por meio de uma intenção direcionada ao fim produtivo.

É, portanto, na livre iniciativa que se encontra o elemento propulsor, como pistão mecânico a mover essa engrenagem econômica, seja como fundamento da República (art. 1º, IV da CR/88), seja como princípio maior da ordem econômica (art. 170, caput da CR/88), concretizada no instituto da empresa¹¹, como geradora de utilidades voltada ao bem comum.

1 OS SISTEMAS ECONÔMICOS E A LIVRE INICIATIVA

Com efeito, longa foi a evolução deste princípio. Ele está umbilicalmente ligado aos sistemas econômicos de produção ao longo da história. São faces da mesma moeda.

6 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves (b). **Curso de Direito Constitucional**. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 261.

7 Explica Modesto Carvalhosa (1972; p. 49), sob a ótica da Ordem Econômica da Constituição de 1969, plenamente válida para a Constituição vigente que: “Os fenômenos econômicos passam a ser encarados pelo Estado não mais com suscetíveis de um processo evolutivo natural, mas sim como uma realidade capaz de ser politicamente plasmada e dirigida, mediante uma ação consciente e construtiva, visando os objetivos amplíssimos do Estado – responsável histórico pelo bem comum. (...) O Poder Público não mais concebe o processo ‘produtivo como fenômeno mecânico. Subsidiado pela moderna ciência econômica, propõe-lhe caminhos políticos que possam atender a ambiciosa vocação de, gradativamente, solucionar os conflitos sociais resultantes do jogo econômico. Reveste-se, em consequência, a atividade econômica de um valor de conduta – de *dever ser econômico* – juridicamente atribuindo-se-lhe uma função no complexo das próprias aspirações estatais”. CARVALHOSA, Modesto. **A ordem econômica na Constituição de 1969**. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 49

8 A CR/88 reconhece a existência de um mercado no art. 219, nos seguintes termos: “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”.

9 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves (a). Op. cit., p. 14.

10 DEL MASSO, Fabiano Dolenc. **Direito econômico esquematizado**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Gen: Método, 2013, p. 51.

11 “A liberdade de iniciativa econômica é o substrato de uma nova realidade econômica, a empresa, que se projeta em diversos ângulos, no sistema jurídico e que, no caso brasileiro, tem sido considerada um dos suportes fundamentais do nosso processo de desenvolvimento”. AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A liberdade de iniciativa econômica. Fundamento, natureza e garantia constitucional. Revista de informação legislativa. Brasília. n. 92, dez./1986. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181737/000427077.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 14 dez. 2018, p. 222

Não se pretende com isso volver às brumas do tempo, uma vez que a atividade comercial remonta às priscas eras da humanidade, sendo a questão das trocas excedentárias inerentes à figura humana.

É, contudo, a partir da Modernidade, através do delineamento da figura do Estado, que a livre iniciativa inicia seus contornos, em decorrência do incremento dos processos produtivos.

Logo, ultrapassado o feudalismo medieval, cujo centro de poder gravitava entorno da terra, é no modelo Mercantilista, típico do Absolutismo Estatal, a partir do século XV, que esta figura entra em cena¹².

Nesta etapa, a ação econômica ainda estava centrada nas mãos do Estado, notadamente em seu papel realizador e de participação direta na economia. Vem daí as grandes navegações e as expedições ultra marítimas, muitas das vezes financiadas em associação ao capital privado burguês, com o escopo de obter novas colônias de exploração.

Internamente, o exercício da atividade econômica é decorrente da autorização de determinados grupos profissionais nas denominadas “Corporações de Ofício”.

Fruto da influência dos comerciantes, estes grupos açambarcaram grande parcela de poder com a instituição de regras próprias. Em pseudo-codificações, *a latere* do Estado, chegaram a instituir Tribunais próprios para o julgamento de questões comerciais, amparada na prática dos usos e costumes mercantis, constituindo poderosas organizações¹³, que passaram a regular o exercício da produção econômica.

Tal se justificava à época, em virtude da expansão capitalista que promovia o êxodo rural com o desenvolvimento das cidades (burgos). A produção em excesso ultrapassava a capacidade de escoamento da demanda gerando perdas, pois os mercados não se expandiam com facilidade, dada a diversidade monetária e geográfica entre as diferentes regiões. Surge, então, a necessidade da regulamentação dos Ofícios com o objetivo de controle do processo produtivo¹⁴.

Neste momento, por um imperativo econômico, a iniciativa produtora deixa de ser entendida como livre e passa a ser encarada como um sistema de privilégios de determinadas classes. Decorre daí a caracterização do período subjetivo que marcou a primeira fase do direito comercial.

A mudança desse paradigma somente vai ocorrer no século XVIII, descortinando um novo espaço para a liberdade de ação econômica.

Em virtude dos ideais Iluministas, de marcante inspiração humanista, em contraposição ao *Ancien regime*, se procurou adotar uma política diametralmente oposta, com adoção do liberalismo político e a consagração do capitalismo como modelo econômico delineado no Estado Liberal, com ampla liberdade de ação entre os agentes econômicos.

Anota Eros Grau¹⁵ que, desde 1776, a restrição econômica já era combatida na França, por meio do Édito de Turgot. Todavia o golpe de misericórdia foi dado por meio de uma dupla normativa pós-Revolução Francesa: o Decreto de *Allarde* e a Lei *Chapelier*, ambas de 1791, que, além de abolir todo e qualquer tipo de corporação, proibiram toda e qualquer forma de restrição à iniciativa econômica.

Tais fatores, influenciados pela doutrina econômica clássica de promoção do autointeresse, representaram o resultado de uma nova visão Estatal marcada pela proteção

12 “Não se pode atribuir ao mercantilismo a designação de um sistema econômico autônomo entre os demais, senão uma fase de transição entre o período feudal à consolidação do capitalismo moderno. Tratava-se, isto sim, de um conjunto de políticas econômicas adotada pelo Estados que reclamava uma centralização política do poder com a necessidade de expansão econômica externa (exploração colonial) e crescimento econômico interno (disciplina dos empréstimos a juros, controle da manufatura e oficinas artesanais), dando início a um processo de acumulação de riquezas típicos do capital”. FALCON, Francisco. **Mercantilismo e transição**. 15ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994, p. 11

13 NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa**. v. 1. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 27.

14 ANTUNES, J. Pinto. **A produção sob o regime da empresa**. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 44-45.

15 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2015, p. 200-201.

dos interesses individuais como fonte de progresso e bem-estar com aumento de produção, competição e consumo, levando ao desenvolvimento ¹⁶.

Sob os ventos desse liberalismo foi instituído um corpo de garantias mínimas em face do Estado, como zona de proteção às liberdades individuais.

Originava-se, a partir de então, sob o enfoque jurídico, a concepção de um Estado de Direito, cuja fonte legitimadora resvalava na lei, em autêntica separação de poderes, em tudo contrário às monarquias despóticas.

O Estado Liberal de Direito sagrou-se como um Estado de prestações negativas, não interventivo na vida privada, cujo núcleo protetivo repousava na figura da propriedade privada e da autonomia da vontade, sob as bandeiras de liberdade e igualdade.

Se propunha uma liberdade negocial irrestrita, uma igualdade formal absoluta e uma iniciativa econômica inderrogável, marcado por um nítido viés individual e patrimonial, sob as vestes dos contratos, resumida na expressão de Fouillé: quem diz contratual, diz justo.

No que tange a esfera econômica, ante ao recuo de ação Estatal, deixava-se o mercado à sua livre disposição, forte na conhecida máxima de François Quesnay: *Laissez-faire, laissez-passer, le monde va de lui-même* relegando ao Estado um papel coadjuvante nessa tarefa, cujo esforço deveria estar concentrado em sua missão institucional ¹⁷.

Acreditava-se, pois, que esse movimento libertário do deixe fazer (produção), deixe passar (circulação), que o mundo (mercado) caminha por si mesmo, seria plenamente favorável a todos (desenvolvimento), através de uma autoregulação dominada pelas leis econômicas, diante da conhecida “mão invisível do mercado”.

Pois bem, o caminho da livre iniciativa estava aberto e a essência do direito comercial transformada, a partir da elaboração do Código Comercial Francês de 1807. A disciplina mercantil passou a ser compreendida dentro de um sistema objetivo calcado na teoria dos atos do comércio embasada na figura da mercancia.

É nesse ambiente de tímida e permissiva atuação Estatal que floresceu o capitalismo em sua força máxima, ressaltada na propriedade dos meios de produção e na apropriação do resultado destes meios, agravando o desequilíbrio social e promovendo uma mais-valia econômica.

Este absentismo do Estado, contudo, demonstrou, ao longo do tempo, a falácia do discurso de autonomia de mercado, em razão dos abusos cometidos pelo poder econômico, uma vez que, pela própria natureza das coisas o poder corrompe a si mesmo, o que ensejou a necessidade de intervenção Estatal na economia.

Em outras palavras, a livre iniciativa acabou por se converter, dado o empoderamento do mercado, em instrumento de desajustes econômicos e sociais reclamando uma ingerência interventiva do Estado mais aguerrida, de maneira a reequilibrar os interesses contrapostos na sociedade¹⁸.

De fato, as mudanças provocadas pelo pós-guerra, seguida das crises econômicas seguintes, entre outras turbulências exigiram a modificação de postura do aparelho Estatal.

¹⁶ “Do ponto de vista jurídico-político, tendo-se em conta as teorias liberais de Adam Smith, esses fatores representaram, conjuntamente, o resultado natural de uma nova visão, no sentido de que a proteção da iniciativa privada se tornou princípio de ordem pública. Dessa maneira, o progresso da sociedade estaria fundado naturalmente na liberdade individual, sob cuja égide as pessoas – atendendo de forma egoística seus interesses, dentro de um mercado de livre concorrência – produziam bem mais baratos e com melhor qualidade. Essa concepção era, evidentemente, contrária a existência de privilégios corporativos, tais como os que gozavam as corporações. Houve uma inversão no escopo do legislador, que passou a privilegiar os interesses do consumidor”.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. v. 1. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 47.

¹⁷ “A teoria econômica liberal fundamentava-se no entendimento de que haveria eficiência no equilíbrio das forças do mercado em propiciar o pleno desenvolvimento das atividades econômicas tornando inócua a participação do Estado. Ao Estado caberia a função de promover a justiça, a saúde e segurança, e ao mercado, as decisões sobre as questões essenciais da economia”. SACHELLI, Roseana Cilião. A livre iniciativa e os princípios da função social nas atividades empresariais no contexto globalizado. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 129, mar./2013, p. 04.

¹⁸ SACHELLI, Roseana Cilião. Op. cit., p. 252.

Da simples condição de expectador o Estado passou a interventor, a partir de uma ingerência regulatória do mercado.

Com efeito, perpassadas as revoluções industriais e tecnológicas novas demandas eclodiram no seio econômico e social exigindo do Estado a adoção de ações positivas.

Derivou daí a estruturação de um Estado Social de Direito com atenção voltada aos direitos sociais, sendo pioneira a Constituição Mexicana de 1917, dando azo àquilo que se classificou como Constituições Dirigentes ou programáticas¹⁹.

Buscava-se, outrossim, um ideal de bem-estar social (*Welfare State*), no qual o Estado deveria agregar ao lado do empreendedorismo privado, a iniciativa pública, em sua feição empresarial, como forma de custeio aos programas sociais existenciais, dirigindo, ademais, setores estratégicos da economia.

O agigantamento do Estado Social, contudo, não trouxe resultados positivos, quando submetido à prova da economicidade e da eficiência, cuja crise não resistiu²⁰.

O atual modelo político resta plasmado no Estado Democrático de Direito, tendo por epicentro axiológico a Constituição e a dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva pluralista e compromissória, com a valorização da principiologia constitucional e o reconhecimento de sua força normativa direta.

Sem descuidar dos valores sociais, se almejou reduzir a participação do Estado na seara econômica, imprimindo uma vertente neoliberal²¹, com destaque para a iniciativa privada, reservando-se ao Estado as funções de planejamento, incentivo e direção da economia, com a participação subsidiária deste na atividade econômica na busca do progresso do país.

2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA LIVRE INICIATIVA

É certo que o histórico das Constituições Brasileiras sempre consagrou, genericamente, a liberdade de iniciativa. Assim o foi no Império, em 1824, no art. 179, XXIV, bem como na Constituição de 1891, no art. 72, §24º.

No entanto, é na Constituição de 1934 - no art. 115 - que surge a expressão “liberdade econômica”, seguindo-se, na Constituição de 1937 - art. 135 -, o uso do termo “iniciativa individual”.

Em 1946, no art. 145, a Carta fez uso da designação “liberdade de iniciativa”, o que foi seguido na Constituição de 1967 (art. 157, I) e na Emenda de 1969 (art. 160, I).

Somente com a promulgação da CR/88 é que o instituto foi rebatizado para “livre iniciativa” eternizando-se a expressão desde então.

Cotejada tal faculdade entre as Cartas Políticas, verifica-se que é na Constituição de 1988 que a livre iniciativa encontra o seu ápice, dado o estabelecimento de uma dupla ordenação constitucional, como fundamento da República (art. 1º IV) e princípio da ordem econômica (art. 170 *caput* e parágrafo único).

19 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves (b). Op. cit., p. 28.

20 SILVEIRA, Marco Antonio Karam. A atuação do Estado Constitucional na atividade econômico-empresarial e análise econômica do Direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 912, p. 171-209, out./2011, p. 06”.

21 “O conceito neoliberal como o modelo econômico definido na Constituição que se funda na livre-iniciativa, mas consagra também outros valores com os quais aquela deve se compatibilizar. A defesa do consumidor, a proteção ao meio ambiente, a função social da propriedade e os demais princípios elencados pelo art. 170 da CF como informadores da ordem econômica, bem como a lembrança da valorização do trabalho como um dos fundamentos dessa ordem, tentam refletir o conceito de que a livre-iniciativa não é mais que um dos elementos estruturais da economia. Ao delinear o perfil da ordem econômica com o traço neoliberal, a Constituição, enquanto assegura aos particulares a primazia da produção e circulação dos bens e serviços, baliza a exploração dessa atividade com a afirmação de valores que o interesse egoístico do empresariado comumente despreza”. COELHO, Fabio Ulhoa (a). *Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa*. v. I. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 275

Com esse espectro, a Constituição reservou à liberdade econômica um protagonismo instrumental. Embora não seja um fim em si mesma, se traduz em um dos principais meios de consecução de objetos trazidos na Carta Magna, a exemplo do desenvolvimento.

Consoante advertem Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins²²:

“Na verdade, o desenvolvimento econômico continua a ser o alvo principal que todos os Estados procuram atingir. O próprio desenvolvimento social, cultural, educacional, todos eles dependem de um substrato econômico. Sem desenvolvimento dos meios e dos produtos postos à disposição do consumidor, aumentando destarte o seu poder aquisitivo, não há forma de para atingirem-se objetivos também nobres, mas que dependem dos recursos econômicos para sua satisfação”.

No direito estrangeiro a situação não discrepa da realidade brasileira.

É que se constata, a título de exemplo, no art. 5º da Constituição do México; no art. 41 da Constituição Italiana; no art. 8o, “c” da Constituição de Portugal; na seção 38 da Constituição Espanhola; no art. 19 da Constituição do Chile; no art.14 da Constituição da Argentina e no art. 333 da Constituição da Colômbia.

Não se tem como negar, neste quadrante, a relevância institucional que a liberdade econômica alcançou no campo jurídico e econômico. Todavia, não obstante esse destacamento, como princípio cardeal das relações econômicas, a livre iniciativa parece sofrer um preconceito ideológico²³, padecer de um pecado original, como se a exclusivo serviço da acumulação capitalista.

Por isso, com acerto as palavras de CRISTOFARO²⁴ quando diz que:

“A despeito, porém, de não servir de inspiração para o enredo de escolas de samba, de não constituir uma bandeira que congregue atrás dela a unanimidade ou até mesmo a maioria dos setores que se arvoram bem pensantes, de não ser cantada em palavras de ordem nas manifestações públicas, o fato é que a livre iniciativa está lá na Constituição, como fundamento da República, na boa companhia de preceitos que ninguém ousaria pensar em suprimir. Ora, se o princípio está lá, é preciso entendê-lo e dar-lhe consequência, excite ele ou não as mentes, comova ou não os corações”.

Essa ideologização é, entretanto, equivocada. A ordem constitucional reservou à iniciativa econômica um papel maior, um brilho especial bem distante de uma concepção avarenta ou usurária.

Em que pesem às críticas de José Afonso da Silva²⁵, o ordenamento concebeu, por assim dizer, um regime relativizado ou temperado compatibilizado com outros vetores constitucionais de igual magnitude que dão freio a um capitalismo puro e simples.

Nesta senda, a redação do art. 170 da CR/88 estabelece um quadrilátero valorativo fundado nos pilares da livre iniciativa, da valorização do trabalho, da dignidade da pessoa humana e da justiça social. Adotou-se, ao lado da eficiência econômica, um ideal de justiça distributiva.

22 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 12.

23 TIMM, Luciano Benetti (a). O direito fundamental a livre iniciativa: na teoria e na prática institucional brasileira. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, v. 34, n. 106, p. 107-124, jun./2007, p. 111”.

24 CRISTOFARO, Pedro Paulo. O princípio da livre iniciativa como um dos fundamentos da República. **Revista de Direito Renovar**. n. 12, p. 175-186, set./dez./1998, p. 177.

25 “Assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, não será tarefa fácil num sistema de base capitalista e, pois, essencialmente individualista. É que a justiça social só se realiza mediante equitativa distribuição de riqueza. Um regime de acumulação ou de concentração do capital e de renda nacional, que resulta da apropriação privada dos meios de produção, não propicia efetiva justiça sócia, porque nele sempre se manifesta grande diversidade de classe social, com amplas camadas de população carente ao lado da minoria afortunada. A história mostra que a injustiça é inerente ao modo de produção capitalista, mormente do capitalismo periférico”. SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 789.

3 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Assentada em tais premissas, a livre iniciativa pode ser entendida como a faculdade jurídica conferida a toda pessoa de livremente exercer uma atividade econômica, buscando os benefícios dela decorrentes, em um ambiente de livre competição, dentro dos limites legais e satisfeitas as exigências do bem comum²⁶.

Enquanto faculdade jurídica, a livre iniciativa constitui um direito subjetivo público exercido em face do Estado. Isto é, um direito individual de primeira geração, de conteúdo negativo, não prestacional, visando obstar indevidas interferências do Ente Público na supressão do mesmo.

Cuida-se de manifestação do direito de liberdade em sua expressão econômica maior e por isso deve ser compreendido à luz dos direitos fundamentais, verdadeira cláusula pétrea implícita no sistema²⁷.

Como direito individual fundamental a interpretação deve extrair o alcance mais amplo possível. Não se resume, pois, a livre iniciativa, a mera empresa.

Liberdade econômica é um *plus*. É liberdade para o exercício de qualquer profissão (art. 5º, XIII), liberdade de associação (art. 5º, XVI), liberdade de cooperativa (art. 5º, XVIII), garantia de propriedade (art. 5º, XXII e XXIX), liberdade de empreendimento (art. 170, parágrafo único) e liberdade contratual (art. 421 do Código Civil).

Assim, pode-se falar não somente em uma livre iniciativa, mas em iniciativas livres²⁸, de modo que o “empresário deve ser o senhor absoluto na determinação de o que produzir, como produzir, quanto produzir e por que preço vender”²⁹.

A livre iniciativa, portanto, não encerra um mero exercício mercantil. Ao revés, enseja uma plêiade, um complexo de direitos postos à disposição dos agentes econômicos, não cerceáveis, como regra, pelo Estado, tanto no tocante à organização e entrada no mercado, como da permanência no mesmo, garantindo-se todas as medidas assecuratórias daí decorrentes.

Trata-se de direito individual inerente às pessoas naturais, mas também extensível às pessoas jurídicas, por isonomia (art., 5º, *caput* da CR/88), aplicável aos nacionais e aos estrangeiros, na forma da lei.

Com efeito, para além da individualidade, é possível divisar a livre iniciativa como um direito social, o que inova por completo a visão sobre o tema.

Ao contrário de somente se proteger a liberdade econômica dos particulares frente a conduta Estatal (direitos de primeira geração), se passa a exigir do Estado um comportamento proativo (direitos de segunda geração), em todas as suas esferas e vinculantes a todos os Poderes.

Explica-se. Ao invés de omissão, ação, ou seja, fomento à iniciativa econômica, por meio da criação de um instrumental normativo que incentive, promova, aparelhe e tutele o espírito

26 No mesmo sentido: CARVALHOSA, Modesto. Op. cit., p. 116.

27 Vale, portanto, a advertência de Pedro Paulo Cristofaro (Ob. Cit. p. 177): “Se há, na Constituição, cláusulas pétreas, como esteve em moda propalar, petrificando-se até preceitos de relevância menor, estas se encontram sem dúvida no art. 1º. Assim como é impensável suprimir, dentre as bases em que se assenta o Estado democrático brasileiro, a soberania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político, igualmente deveria ser impensável (ao menos no momento histórico em que vivemos), desvencilharmo-nos da valorização do trabalho e da livre iniciativa. Em igual sentido TIMM (Ob. Cit. p. 115).

28 “Inúmeros sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A este entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter equacionado o seguinte quadro de exposição de tais sentidos: a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico): a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado — liberdade pública; a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei — liberdade pública; b) liberdade de concorrência: b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal — liberdade privada; b.2) proibição de formas de atuação que deferiam a concorrência — liberdade pública; b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes — liberdade pública”. GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 201-202.

29 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Op. cit., p. 16.

empreendedor, já que indispensável ao desenvolvimento econômico. Com razão, portanto, Manoel Afonso Vaz³⁰ ao lecionar que:

“A inclusão do preceito sobre a iniciativa econômica privada no âmbito dos direitos econômicos quer significar a consagração da iniciativa econômica privada como direito fundamental dos cidadãos. Poderia, no entanto, dizer-se que o facto de tal preceito estar consagrado no título referente aos direitos e deveres econômicos, sociais e culturais, tipifica tal direito como um direito “social”, “de prestação”, “de quota-parte”, o que significaria que o seu conteúdo e realização fica dependente da acção dos órgãos constituídos”.

4 LIVRE INICIATIVA E DESENVOLVIMENTO

Estampado no art. 3º, II da CR/88, o desenvolvimento nacional é um dos objetivos da República. A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, tendo por escopo a promoção do bem de todos, da redução da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais e regionais é comando preconizado na Constituição.

Cuida-se de previsão timbrada desde o Preâmbulo da Carta Magna e que se espria ao longo do texto constitucional.

Reconhece, então, o Estado Brasileiro, uma situação de déficit, a ser corrigida através da implementação de variadas políticas públicas, nas mais diversas ordens, em conjunto com a iniciativa privada, de modo a romper a barreira do subdesenvolvimento e melhorar a qualidade de vida da população.

O desenvolvimento, em toda a sua plenitude, é, pois, uma meta, um devir a ser construído no presente e projetado para o futuro do país, com vista à manutenção da ordem e a condução ao progresso.

Essa perspectiva de desenvolvimento, contudo, não se limita ao aspecto econômico do termo.

Na visão econômica de Amartya Sen³¹ o desenvolvimento consiste em um processo de eliminação de privações de liberdade que limitam as possibilidades de escolhas e oportunidades das pessoas de exercerem a sua real condição de ser. Logo, tem haver mais com a imagem de engrandecimento do que crescimento econômico propriamente dito.

Em que pese o atual estágio alcançado na maioria dos países, em pleno Século XXI, o crescimento econômico ainda convive com muitas mazelas e contradições humanas. A ausência de regimes democráticos (liberdade política), a intolerância religiosa (liberdade de crença), a privação de alimentos, saúde e moradia (liberdade material), a discriminação por gênero, sexo, raça e classe (liberdade do ser), além de questões envolvendo meio ambiente e sustentabilidade, são essenciais como parte central do processo de desenvolvimento³².

Com esse desenho, desenvolvimento é palavra de ordem que irradia efeitos para além da economia. Deve abarcar, outrossim, o segmento educacional, ambiental, cultural, científico, financeiro, tecnológico e humano, sendo a questão da renda importante, mas utilitária para o alcance deste processo evolutivo.

Envolve, pois, dados quantitativos e qualitativos, buscando a estabilização de um círculo virtuoso ou ascendente de crescimento estável elevando a melhoria de vida da condição humana³³.

O desenvolvimento é figura complexa que deve ser formatada, portanto, dentro de uma visão dinâmica, isto é, uma condição estrutural, de modo a garantir um salto para o livre

³⁰ VAZ, Manoel Afonso. *Direito econômico: A ordem económica portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 86.

³¹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia de Bolso. 2000, p. 10.

³² Ibid., p. 03.

³³ Ibid., p. 29.

exercício das liberdades do homem, seja de matriz econômica, política, religiosa e social que permitam a expansão e a plena potencialidade do ser ³⁴.

Em suma, significa transformação, cuja centralidade vai além da renda para residir na garantia instrumental de uma ampla gama de liberdades pessoais ³⁵.

Juridicamente, o desenvolvimento, em suas nuances, passa a ser coroado como uma quarta dimensão dos direitos fundamentais ³⁶, posto que atinente não somente à inerência do indivíduo, mas redivivo como um compromisso junto à sociedade enquanto coletividade organizada, um meio de obtenção do bem-estar geral.

Um programa de desenvolvimento autossustentável perpassa, portanto, por determinados eixos temáticos, como o controle de gastos públicos, a distribuição de renda para o combate à miséria e as mazelas sociais; à aceleração estrutural, como condição para investimentos, tudo isso em compatibilidade com a tutela do meio ambiente, visando equilíbrio conjuntural no crescimento, como essencial à qualidade e manutenção da vida para as presentes e futuras gerações.

Como métrica internacional é adotado o Índice de Desenvolvimento Humano³⁷ (IDH), a fim de averiguar a consecução de tais objetivos. A renda, por si só, passa a ser entendida como meio e não como fim. Desloca-se o aspecto econômico para a formação da pessoa, no que tange as oportunidades e a capacidade de escolha.

Segundo o referido índice, na escala internacional, o Brasil ocupa a 75ª posição, estando enquadrado com alto índice de desenvolvimento humano, embora exista ainda muito o que fazer no plano institucional, estrutural e social, já que o país está longe de representar um modelo à luz do chamado “primeiro mundo”.

De outro lado, o relatório da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) elaborado sobre o Brasil, em 2018, aponta inúmeras questões a serem trabalhadas com vista à prosperidade nacional, seja no âmbito interno, bem como no campo externo diante de uma economia globalizada.

Nesse sentido, foram indicados quatro pontos fundamentais que impactam o desenvolvimento do país. São eles ³⁸:

- 1) Aperfeiçoamento das políticas macroeconômicas e de governança com controle de gastos públicos, auditoria de despesas, combate à corrupção, desempenho de Empresas Públicas e diminuição de subsídios ao setor privado;
- 2) Aumento do nível de investimento através de reformas políticas significativas assegurando o aumento de produção, trabalho e consumo;
- 3) Fomento de integração na economia mundial com redução de tarifas e protecionismo do mercado interno;
- 4) Fortalecimento do crescimento “verde” com a adoção de práticas da economia ecológica, com a redução do desmatamento e novas formas de extrativismo do setor primário.

A autosustentabilidade, enquanto desenvolvimento, não depende, no entanto, da ação única do Estado. Pelo contrário. Em virtude da opção por um regime de mercado é consagrada

34 GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 213.

35 NUSDEO, Fabio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5a ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 213-214.

36 BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 210.

37 “O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) é uma medida resumida do progresso a longo prazo em três dimensões básicas do desenvolvimento humano: renda, educação e saúde. O objetivo da criação do IDH foi o de oferecer um contraponto a outro indicador muito utilizado, o Produto Interno Bruto (PIB) per capita, que considera apenas a dimensão econômica do desenvolvimento. Criado por Mahbub ul Haq com a colaboração do economista indiano Amartya Sen, ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1998, o IDH pretende ser uma medida geral e sintética que, apesar de ampliar a perspectiva sobre o desenvolvimento humano, não abrange nem esgota todos os aspectos de desenvolvimento”. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idho.html>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

38 Para uma análise econômica pormenorizada, recomenda-se o estudo do relatório disponível em: <<https://www.oecd.org/eco/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2019.

à iniciativa privada a primazia da atividade econômica, como centelha inicial do processo de desenvolvimento.

Assim, é imperiosa a implementação de políticas públicas que envolvam o setor privado em sua liberdade de iniciativa, em face do papel subsidiário do Estado na atividade econômica³⁹, diante do comando trazido no art. 173 da CR/88, em verdadeira união ou aliança de força entre os setores⁴⁰.

É o caso, por exemplo, da política tributária com a simplificação e unificação de impostos, bem assim a desoneração fiscal como fator indutor de atividades; a política creditícia, pela ampliação do fomento ao crédito estimulando a economia de trocas, pesquisa, desenvolvimento e inovação tecnológica e, principalmente, a política institucional, a através da remodelagem e criação de institutos jurídicos aptos ao crescimento econômico⁴¹.

É dever do Estado, nessa toada, em função complementar ao mercado⁴² formular novos institutos condizentes com o incremento industrial e econômico da sociedade vigente, abandonando velhas fórmulas jurídicas que estejam despidas de eficiência econômica e utilidade jurídica.

A mudança institucional é, pois, fundamental ao processo de alavancagem rumo ao desenvolvimento. As instituições, como definidoras das regras do jogo, permitem às organizações a tomada de decisões econômicas em um ambiente de previsibilidade de riscos, a partir prévia definição de direitos e obrigações.

A interação das trocas passa a ser realizada com estabilidade e calculabilidade reduzindo as incertezas inerentes às posições relacionais, no mercado, incentivando o aumento de escolhas empreendedoras e fortalecendo as instituições como degrau para o crescimento⁴³.

Logo, o sucesso ou o fracasso de uma Nação, do ponto de vista econômico-institucional, depende de instrumentos adequados que garantam o empreendedorismo e facilitem a participação de novos entrantes; que simplifique o regime impositivo fiscal e adote medidas que diminuam os custos de transação contribuindo com uma alocação eficiente de recursos, a fim de que sejam aumentados os níveis de investimento, como política desenvolvimentista, visando o engrandecimento do país⁴⁴.

Corroborando esta visão de alta relevância da livre iniciativa, dados publicados pelo Serviço Brasileiro de Apoio à Micro e Pequena Empresa (SEBRAE)⁴⁵ apontam um aumento

39 CRISTOFARO, Pedro Paulo. Op. cit., p. 176.

40 Essa junção de forças é ressaltada pelo economista do IPEA, João Sicsú: “Um projeto de desenvolvimento não pode existir sem a liderança do Estado e o envolvimento da sociedade e da iniciativa privada. Portanto, destruir o Estado é o melhor caminho para se destruir o sonho de desenvolvimento de uma sociedade. [...] Que papel cabe à iniciativa privada, ou ao mercado? O mercado é capaz de produzir alimentos em quantidade suficiente com qualidade cada vez melhor. A iniciativa privada é capaz de produzir bens de consumo para atender às mais diferentes demandas da sociedade. O mercado é capaz de realizar investimentos vultosos e com alta densidade tecnológica. A iniciativa privada é capaz de distribuir bens e serviços, capilarizando o comércio. A iniciativa privada é capaz de participar de projetos grandiosos de construção de moradias, infraestrutura e outros. O mercado é capaz de gerar milhões de empregos e formalizar relações de trabalho, gerando direitos e garantias sociais. A iniciativa privada é capaz de construir bancos e instituições aptas a ofertar crédito e outros serviços. A iniciativa privada é capaz de construir navios, aviões e plataformas de extração de petróleo. Estado, sociedade e mercado formam o tripé institucional de um projeto de desenvolvimento. Basta que um pé seja enfraquecido para que o projeto venha ao chão. As três partes devem atuar livremente, de forma a produzir sinergias desenvolvimentistas. Por fim, Estado, sociedade e mercado não são concorrentes entre si, mas interagem e constituem os laços fundamentais de um projeto nacional de desenvolvimento”. SICSÚ, João. **Estado, Sociedade e Mercado**. 14 out. 2009. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=310&catid=83&Itemid=3>. Acesso em: 17 dez. 2018.

41 NUSDEO, Fabio. Op. cit., p. 310-311.

42 GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 20.

43 NORTH, Douglass C (a). 1991. Institutions. *Journal of Economic Perspectives*, 5 (1): 97-112. Disponível em: <<https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.5.1.97>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

44 ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. **Por que as nações fracassam**: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Tradução: Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 86.

45 “O empreendedorismo está impregnado na rotina do brasileiro. Em 2017, o Brasil registrou uma taxa empreendedora de 36,4%, de acordo com dados da Pesquisa Global Entrepreneurship Monitor (GEM). Isso significa que, no ano passado, quase 50 milhões de brasileiros já empreendiam ou realizaram alguma ação visando a criação de um negócio em um futuro próximo. Para 2019, de acordo com análises feitas pelo Sebrae a partir de dados da Receita Federal, a expectativa é de que sejam criadas 1,5 milhão de novas empresas - considerando os microempreendedores individuais, as microempresas e as empresas de pequeno porte. Esses números reforçam o papel que o empreendedorismo tem na vida dos brasileiros, tanto para aqueles que pensam em abrir o próprio negócio

vertiginoso da taxa empreendedora, em 2017, com quase 50 milhões de brasileiros inseridos na atividade econômica, havendo previsão de acréscimo de mais de 1,5 milhões de novas empresas para 2019.

O SEBRAE aponta ainda que as Microempresas representam 98,5% do total de estabelecimentos formalizados no país. Respondem por 55% dos empregos com carteira assinada no país, dos quais 59% desse são de jovens com até 24 anos, constituindo a porta de entrada para o mercado formal de trabalho.

Por sua vez, em relação aos indicadores econômicos, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁴⁶, no ano de 2016, catalogou a existência de 5.050.615 (milhões) de empresas, nos mais variados ramos, que deram origem a 51.411.199 (milhões) de postos de trabalho.

A proeminência da iniciativa privada não para por aí. Em relação ao Produto Interno Bruto (PIB), os dados do IBGE comprovam que a participação das empresas para o desenvolvimento econômico do país é mais do que necessária, é vital.

Isto porque o PIB do 3º trimestre de 2018 alcançou a numerosa cifra de 1716,2 trilhão de reais. A agropecuária foi responsável por 61,9 bilhões; a indústria pela soma de 331,6 bilhão de reais e os serviços por 1070,5 trilhão.

Pela ótica da despesa, o consumo familiar rendeu a quantia de 1105,8 trilhão e o consumo do governo por 323,7 bilhão⁴⁷.

5 CRESCIMENTO ECONÔMICO E INFORMALIDADE

Em que pese à pujança dos números acima alinhavados, não se pode perder de vista que, para além da economia formalizada, existe um submundo informal que movimentava cifras milionárias à margem do Estado, de maneira a impactar, significativamente, o PIB nacional.

Trata-se da chamada economia subterrânea ou de sombra, cujos efeitos deletérios se fazem sentir no desvio da arrecadação fiscal, na desformalização de postos de trabalho e no comprometimento previdenciário, acarretando consequências danosas para a economia nacional.

A informalidade, portanto, é uma realidade. Um fato social que não pode ser negado por representar um significativo estrato do universo econômico potencializada por crises econômico-financeiras que assolam o país e que margeia a iniciativa empreendedora dos agentes econômicos.

De acordo com o IBGE⁴⁸, a taxa de desocupação da população economicamente ativa, no primeiro trimestre do ano de 2019, oscilava na casa de 12,5%, equivalendo a cerca de 13 milhões de pessoas sem emprego formal. Por sua vez, o número de trabalhadores por conta própria era de 24 milhões de pessoas, batendo o recorde da série histórica, tendo subido nas comparações⁴⁹.

para realizar um projeto de vida, quanto para os que se viram forçados a seguir este caminho por necessidade". AGÊNCIA SEBRAE DE NOTÍCIAS. **O futuro do empreendedorismo no Brasil**. 05 out. 2018. Disponível em: <<http://www.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/NA/o-futuro-do-empreendedorismo-no-brasil,ae53fo5806f36610VgnVCM1000004c00210aRCRD>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

46 Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novportal/economicas/comercio/9016-estatisticas-do-cadastro-central-de-empresas.html?=&t=destaques>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

47 AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. **PIB cresce 0,8% e chega a R\$ 1,716 trilhão no 3º tri de 2018**. 30 nov. 2018. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23251-pib-cresce-o-8-e-chega-a-r-1-716-trilhao-no-3-tri-de-2018>>. Acesso em: 16 dez. 2018.

48 AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. **PNAD Continua: taxa de desocupação é de 12,3% e taxa de subutilização é 25,0% no trimestre encerrado em maio de 2019**. 28 jun. 2019. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/24908-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-e-de-12-3-e-taxa-de-subutilizacao-e-25-0-no-trimestre-encerrado-em-maio-de-2019>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

49 Segundo Cimar Azeredo, coordenador de Trabalho e Rendimento do IBGE, "a informalidade vem acompanhada por uma série

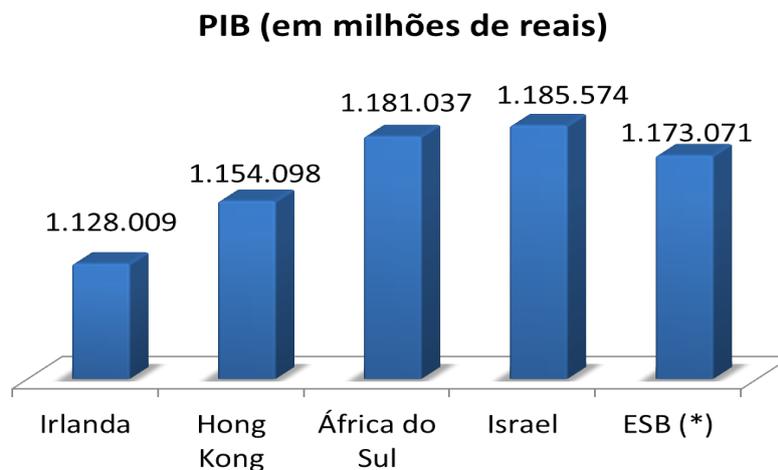
No fechamento do segundo trimestre, até julho de 2019, o índice de desocupação sofreu uma singela queda estabilizando no percentual de 11,8%. Mesmo com este redutor, o país ainda amarga o expressivo número de 12,6 milhões de pessoas em busca de trabalho formal ⁵⁰.

Essa alteração, contudo, repercutiu no aumento da informalidade, dado que os trabalhadores por conta própria atingiram o maior patamar da série: 24,2 milhões de pessoas, com um crescimento registrado na ordem de 1,4%, na comparação com o trimestre anterior (fevereiro a abril de 2019), significando mais 343 mil pessoas neste contingente.

Para complementar esse panorama, o IBGE, em 2003, por meio do estudo de Economia Informal Urbana (ENCIF) catalogou a existência de mais de 10 milhões de empresas na ilegalidade ⁵¹.

A par destes dados, estima-se, a partir do estudo elaborado pelo Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (ETCO), em conjunto com a Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas (FGV-IBRE), que a economia subterrânea movimenta o valor correspondente a 16,3% do PIB nacional, o que equivale a impressionante cifra de R\$ 1.173 trilhão de reais e ultrapassa o PIB de países como Irlanda e se aproxima do PIB da África do Sul e de Israel⁵², conforme o gráfico abaixo indicado.

Figura 01: PIB (em milhões de reais)



Fonte: Disponível em: <<https://www.etco.org.br/destaque/economia-subterranea-sobe-pelo-quarto-ano-seguido-e-atinge-r-1173-trilhao-em-2018-segundo-etco-e-fgv-ibre/>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

de fatores desfavoráveis como a falta de estabilidade, o rendimento baixo e a falta da segurança previdenciária. Devido à ausência de postos de trabalho com carteira assinada, existe uma geração de trabalho voltado para a sobrevivência, como motorista de aplicativo, ambulantes e serviços de alimentação. No entanto, como essas pessoas não se sentem seguras, elas não investem na aquisição de bens e isso trava o mercado de trabalho em um círculo vicioso. É importante que o mercado de trabalho volte a gerar postos com carteira para retornar a um círculo virtuoso de geração de emprego e renda". SARAIVA, Adriana (b). **Desemprego cai para 11,6%, mas informalidade atinge nível recorde**. 28 dez. 2018. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23465-desemprego-cai-para-11-6-mas-informalidade-atinge-nivel-recorde>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

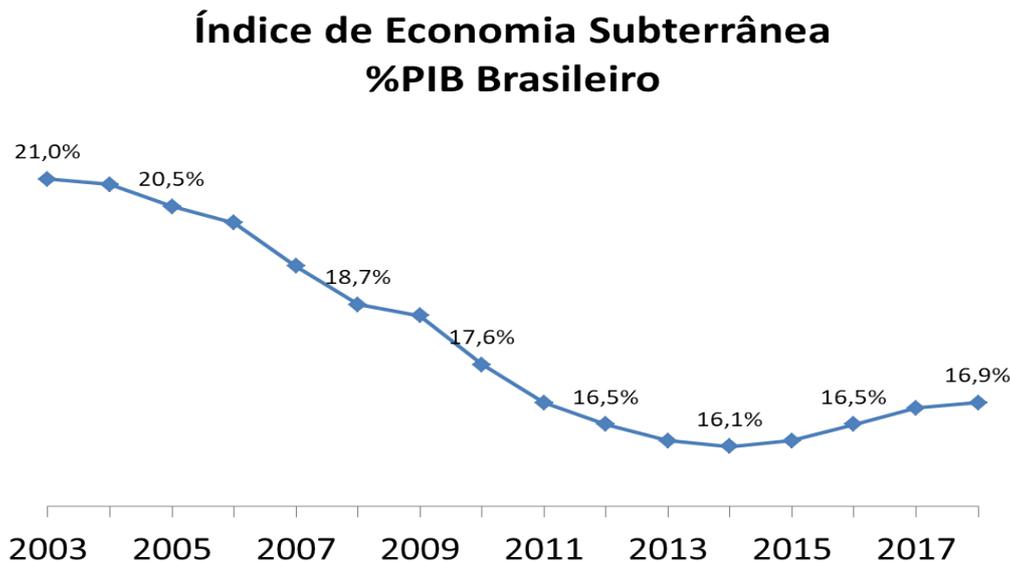
50 SARAIVA, Adriana (c). **Desemprego cai para 11,8%, mas 12,6 milhões ainda buscam trabalho**. 30 ago. 2019. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25314-desemprego-cai-para-11-8-mas-12-6-milhoes-ainda-buscam-trabalho>>. Acesso em: 13 set. 2019.

51 Estudo disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=283545>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

52 INSTITUTO BRASILEIRO DE ÉTICA CONCORRENCIAL. **Economia subterrânea sobe pelo quarto ano seguido e atinge R\$ 1,173 trilhão em 2018, segundo ETCO e FGV/IBRE**. 03 dez. 2018. Disponível em: <<https://www.etco.org.br/destaque/economia-subterranea-sobe-pelo-quarto-ano-seguido-e-atinge-r-1173-trilhao-em-2018-segundo-etco-e-fgv-ibre/>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

O Índice de Economia Subterrânea (IES), desde a sua criação, vem registrando uma oscilação com tendência de queda, muito embora com elevação nominal dos valores monetários, por conta do incremento da produção nacional, iniciando, em 2003, com o valor R\$ 870.089 milhões (21% do PIB), alcançando, em 2013, a quantia de R\$ 995.368 bilhões (16,2% do PIB) até o fechamento em 2018 em 16,9% do Produto Interno Bruto.

Figura 02: Índice de Economia Subterrânea - % PIB Brasileiro



Fonte: Disponível em: <<https://www.etco.org.br/destaque/economia-subterranea-sobe-pelo-quarto-ano-seguido-e-atinge-r-1173-trilhao-em-2018-segundo-etco-e-fgv-ibre/>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

Se por um lado a extralegalidade pode trazer benefícios imediatos ao agente econômico, através da diminuição dos custos de legalização, impactos trabalhistas, fiscais, administrativos e previdenciários, de outro, a médio e longo prazo, a irregularidade cobra um preço maior em vantagem comparativa.

A ilegalidade sujeita o agente às penalidades regulatórias. Impede o agente de obter benefícios como o acesso ao crédito, a escolha de tipos societários, a tutela da propriedade industrial, a impossibilidade de contratação com o poder público e barra o acesso dos empresários aos procedimentos de recuperação judicial e extrajudicial, impactando frontalmente a liberdade econômica.

Em resenha, a informalidade traz prejuízos diretos para toda a sociedade, cria um ambiente de transgressão, estimula o comportamento econômico oportunista, com queda na qualidade do investimento e redução do potencial de crescimento da economia. Isto é, um país que pretenda ser desenvolvido não pode conviver com níveis tão alarmantes de marginalidade empresarial e exclusão econômica⁵³.

Ao Estado cabe adotar medidas institucionais de resgate à formalidade lançando luz, por meio da criação de institutos que atendam às exigências sociais e econômicas do mercado, sobre essa economia sombreada, convertendo-se desempregados em empreendedores e empreendedores em agentes econômicos, ampliando-se a movimentação financeira, criando

⁵³ PASTORE, José. **Informalidade**: Estragos e Soluções. Artigo apresentado no Congresso do Coppead, Rio de Janeiro, 08/10/2004. Disponível em: <https://josepastore.com.br/artigos/ti/ti_014.htm>. Acesso em: 28 jun. 2019.

novos postos de trabalho e reforçando a arrecadação tributária, como forma de envergadura ao desenvolvimento econômico⁵⁴.

Com esse espírito libertário e inovador foi publicada, em 30 de abril de 2019, pelo Poder Executivo Federal, a Medida Provisória n.º 881/2019, posteriormente convertida na Lei n.º 13.784/2019, instituindo uma Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, visando consolidar as mais variadas formas de liberdade negocial, tais como: a de burocracia, trabalho e profissão; liberdade de preços, de inovação, de contratação; liberdade de empreendimento, de regulação e modernização⁵⁵.

Como norma geral de direito econômico foram estabelecidos princípios gerais de liberdade econômica, na órbita pública e privada, e inovados, substancialmente, tecidos juridicamente sensíveis, como a matéria afeta aos contratos, às sociedades empresárias e aos fundos de investimento.

Vale dizer, o estímulo à atividade econômica para a circulação de riqueza, a distribuição de renda, a geração de empregos, o aumento do consumo, a inovação tecnológica e a arrecadação fiscal, somente será possível através da observância de regras jurídicas dotadas de função econômica antenadas com a realidade presente.

De fato, é no fomento ao empreendedorismo em seus mais variados segmentos, por meio da tutela da livre iniciativa, com regularização das atividades informais, que repousam os vetores jurídicos-econômicos para o desenvolvimento autossustentável do país.

CONCLUSÃO

A Constituição da República dedica todo um capítulo à Ordem Econômica, dando azo ao chamado Direito Constitucional Econômico, a fim de determinar o regime de produção, delimitar o campo da iniciativa pública e privada e estabelecer os princípios superiores que orientam essa organização da Economia, como forma de conciliar os interesses contrapostos no mercado.

É nesse contexto que ganha destaque a livre iniciativa, como fundamento da República (art. 1º, IV da CR/88), princípio maior da ordem econômica (art. 170, *caput* da CR/88) e vetor de destaque no sistema capitalista, voltada à satisfação dos interesses coletivos e o atingimento aos fins do Estado na busca pelo desenvolvimento.

Não se trata apenas de um direito de primeira geração, como forma de barrar à ação interventiva do Estado. Ao revés, se exige uma postura ativa, um direito prestacional, no sentido de se fomentar, incentivar e estimular novos empreendimentos, por meio da criação de instrumentos dotados de eficiência jurídica e econômica que garantam a celeridade e a segurança jurídica das transações de mercado.

54 MENDONÇA, Saulo Bichara. **Empresário individual de responsabilidade limitada**: limites e possibilidades como fomento à microempresa. Curitiba: Juruá, 2014, p. 115.

55 Entre as justificativas apresentadas para a adoção da medida, podem ser destacadas as seguintes: “Liberdade econômica, em termos não-científicos, é a extensão da conquista humana do Estado de Direito e dos direitos humanos clássicos e todas as suas implicações, em oposição ao absolutismo, aplicada às relações econômicas. Existe a percepção de que no Brasil ainda prevalece o pressuposto de que as atividades econômicas devam ser exercidas somente se presente expressa permissão do Estado, fazendo com que o empresário brasileiro, em contraposição ao resto do mundo desenvolvido e emergente, não se sinta seguro para produzir, gerar emprego e renda. Como resultado, o Brasil figura em 150ª posição no ranking de Liberdade Econômica da Heritage Foundation/Wall Street Journal, 144ª posição no ranking de Liberdade Econômica do Fraser Institute, e 123ª posição no ranking de Liberdade Econômica e Pessoal do Cato Institute. Esse desempenho coaduna com a triste realidade atual de mais de 12 milhões de desempregados, a estagnação econômica e a falta de crescimento da renda real dos brasileiros nos últimos anos. A realidade urge uma ação precisa, mas cientificamente embasada, de caráter imediato e remediador. Após a análise de dezenas de estudos empíricos, todos devidamente especificados nas Notas Técnicas, incluindo os dedicados à América Latina, conclui-se que a liberdade econômica é cientificamente um fator necessário e preponderante para o desenvolvimento e crescimento econômico de um país. Mais do que isso, é uma medida efetiva, apoiada no mandato popular desta gestão, para sairmos da grave crise em que o País se encontra”. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2019/medidaprovisoria-881-30-abril-2019-788037-exposicao-demotivos-157846-pe.html>>. Acesso em: 31 jun. 2019.

Garante-se, assim, um espaço competitivo com melhores produtos e serviços a valores aquisitivos mais baixo, com o resgate de expressiva parcela econômica da informalidade, através de uma agenda compromissória daqueles que operam nesse setor, a fim de assegurar a dignidade da pessoa humana e a promoção da justiça social, fazendo cumprir os ditames de Ordem e Progresso estampados em nossa bandeira nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. **Por que as nações fracassam**: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Tradução: Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A liberdade de iniciativa econômica. Fundamento, natureza e garantia constitucional. **Revista de informação legislativa**. Brasília. n. 92, dez./1986. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181737/000427077.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 14 dez. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1990.

ANTUNES, J. Pinto. **A produção sob o regime da empresa**. São Paulo: Saraiva, 1964.

CARVALHOSA, Modesto. **A ordem econômica na Constituição de 1969**. São Paulo: Saraiva, 1972.

COELHO, Fabio Ulhoa (a). **Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa**. v. I. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRISTOFARO, Pedro Paulo. O princípio da livre iniciativa como um dos fundamentos da República. **Revista de Direito Renovar**. n. 12, p. 175-186, set./dez./1998.

DEL MASSO, Fabiano Dolenc. **Direito econômico esquematizado**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Gen: Método, 2013.

FALCON, Francisco. **Mercantilismo e transição**. 15ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves (a). **Comentários a Constituição Brasileira de 1988**. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____ (b). **Curso de Direito Constitucional**. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2015.

MENDONÇA, Saulo Bichara. **Empresário individual de responsabilidade limitada: limites e possibilidades como fomento à microempresa.** Curitiba: Juruá, 2014.

NEGRÃO, Ricardo. **Manuel de Direito Comercial e de Empresa.** v. 1. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NORTH, Douglass C (a). 1991. Institutions. *Journal of Economic Perspectives*, 5 (1): 97-112. Disponível em: <<https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.5.1.97>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

NUSDEO, Fabio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico.** 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

PASTORE, José. **Informalidade: Estragos e Soluções.** Artigo apresentado no Congresso do Coppead, Rio de Janeiro, 08/10/2004. Disponível em: <https://josepastore.com.br/artigos/ti/ti_014.htm>. Acesso em: 28 jun. 2019

SACCHELLI, Roseana Cilião. A livre iniciativa e os princípios da função social nas atividades empresariais no contexto globalizado. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 129, mar./2013.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia de Bolso. 2000.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25ª ed. São Paulo: Malheiros.

SILVEIRA, Marco Antonio Karam. A atuação do Estado Constitucional na atividade econômico-empresarial e análise econômica do Direito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 100, n. 912, p. 171-209, out./2011.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico.** 3ª ed. São Paulo: Método, 2011

TIMM, Luciano Benetti (a). O direito fundamental a livre iniciativa: na teoria e na prática institucional brasileira. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, v. 34, n. 106, p. 107-124, jun./2007.

VAZ, Manoel Afonso. **Direito económico: A ordem económica portuguesa.** Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial.** v. 1. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

AMBIENTE DE NEGÓCIOS, INSEGURANÇA JURÍDICA E
INVESTIMENTOS: ELEMENTOS PARA A FORMULAÇÃO
DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

LUIZ RICARDO MATTOS TEIXEIRA CAVALCANTE

AMBIENTE DE NEGÓCIOS, INSEGURANÇA JURÍDICA E INVESTIMENTOS: ELEMENTOS PARA A FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

BUSINESS ENVIRONMENT, LEGAL UNCERTAINTY AND INVESTMENTS: ELEMENTS FOR THE FORMULATION OF PUBLIC POLICIES IN BRAZIL

Recebido: 24/04/2020
Aprovado: 19/05/2021

Luiz Ricardo Mattos Teixeira Cavalcante¹

RESUMO:

O objetivo deste trabalho é sistematizar os aspectos de natureza institucional que concorrem para os baixos níveis de investimento no Brasil. Com base em dados do Banco Mundial e da *Fondation pour le droit continental*, esses aspectos são associados i) à precariedade do ambiente de negócios; e ii) aos elevados níveis de insegurança jurídica no país. A precariedade do ambiente de negócios é atribuída a três aspectos: i) carência de incentivos para que os agentes públicos busquem simplificar procedimentos no âmbito da administração pública; ii) reduzido *rule of law*, que induz à imposição de uma excessiva e rigorosa fiscalização *ex ante*; e iii) exigências redundantes resultantes da ausência de coordenação entre os diversos órgãos de governo e entre os entes da federação. Em particular, a carência de incentivos para simplificar procedimentos caracteriza uma espécie de “apagão das canetas”, uma vez que os agentes públicos evitam dar sequência aos processos burocráticos por temerem posterior questionamento judicial de seus atos. A insegurança jurídica é atribuída aos seguintes aspectos: i) existência de normas ambíguas e dispersas e, portanto, sujeitas a múltiplas interpretações; e ii) instabilidade jurisprudencial, que é caracterizada pela multiplicidade e pela dissonância de entendimentos no momento de aplicação das normas jurídicas. Busca-se, assim, reunir elementos para a formulação de políticas públicas capazes de elevar as taxas de investimento no Brasil por meio da melhoria do ambiente de negócios e da redução da insegurança jurídica.

Palavras-chave: Ambiente de negócios. Insegurança jurídica. Investimentos. Políticas públicas. “Apagão das canetas”.

K23 (Regulated Industries and Administrative Law).

ABSTRACT:

The aim of this paper is to systematize the institutional issues that help to explain the low investment levels in Brazil. Based upon data produced by the World Bank and by the *Fondation pour le droit continental*, these issues are related to i) the fragility of the business environment; and ii) the high levels of legal uncertainty in the country. The fragility of the business

¹ Consultor Legislativo do Senado Federal na área de economia. Professor do Mestrado em Administração Pública do IDP. Graduado em Engenharia Química pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Administração pela UFBA. Doutor em Administração pela UFBA (2004) com estágio de pesquisa na University of Illinois at Urbana-Champaign (UIUC). Atuou como Técnico de Planejamento e Pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) entre 2009 e 2014. Foi Professor Adjunto da Universidade de Brasília (UnB).

environment is associated to *i*) the bureaucrats' lack of incentives to simplify procedures at the public administration; *ii*) the reduced rule of law, which leads to an excessive and rigorous ex-ante control; and *iii*) redundant requirements due to the lack of coordination among government institutions and federative jurisdictions. In particular, the lack of incentives to simplify procedures leads to the so called "pens' blackout", as bureaucrats tend to be reluctant to proceed with administrative measures as they fear future questioning of their acts. Legal uncertainty is credited to *i*) ambiguous and disperse legal standards, which are, as a result, subject to multiple interpretations; *ii*) unstable jurisprudence characterized by multiple and frequently contradictory decisions. It is argued that public policies that cope with these issues may help to country to increase its investment levels.

Keywords: Business environment. Legal uncertainty. Investments. Public policies. "Pens' blackout".

1 INTRODUÇÃO

Há recorrentes evidências de que as taxas de investimento no Brasil têm se mantido abaixo dos níveis desejados para motivar o crescimento sustentável do produto interno bruto (PIB) do país. De acordo com dados internacionalmente comparáveis consolidados pelo Banco Mundial, a taxa de investimento no Brasil alcançou, em 2017, 15,50% do produto interno bruto (PIB). Trata-se de um percentual correspondente a cerca de um terço daquele observado na China (43,60%) e a cerca de metade daquele observado na Índia (30,63%) no mesmo ano. Quando comparado a outras economias latino-americanas de grande porte, o Brasil também exibe uma taxa de investimento reduzida, situando-se abaixo do México (23,10%) e da Argentina (18,64%). Da mesma forma, comparações com países de alta renda são desfavoráveis ao Brasil: as taxas de investimento na Austrália (24,18%), Canadá (23,70%), na zona do euro (20,57%) e nos Estados Unidos (19,69%) são sempre superiores àquela observada no Brasil em 2017.

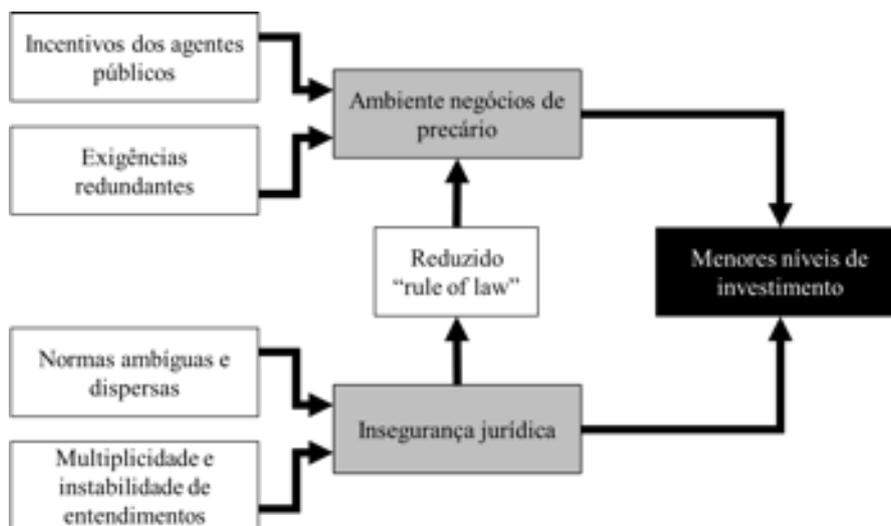
Embora diretamente associados a aspectos macroeconômicos e fiscais, aspectos de natureza institucional também concorrem para os baixos níveis de investimento no Brasil. Esses aspectos, conforme se demonstra adiante com base em dados de instituições como o Banco Mundial e a *Fondation pour le droit continental*, estão relacionados *i*) à precariedade do ambiente de negócios; e *ii*) aos elevados níveis de insegurança jurídica observados no país. Contudo, embora esses dois aspectos sejam eventualmente mencionados como obstáculos aos investimentos no Brasil (PINHEIRO, 2005; MATION, 2014; CAVALCANTE, 2015), não parece haver uma sistematização dos canais de transmissão por meio dos quais isso ocorre.

Neste trabalho, propõe-se um *framework* de análise no qual se sistematizam esses canais de transmissão. Busca-se, assim, reunir elementos para a formulação de políticas públicas capazes de elevar as taxas de investimento no Brasil por meio da melhoria do ambiente de negócios e da redução da insegurança jurídica. Em particular, pretende-se sistematizar relações de causalidade que permitam o aprofundamento de análises sobre o tema. Este documento está segmentado em mais quatro seções além desta introdução. Na seção 2, propõe-se um *framework* de análise em que se destacam os canais de transmissão entre o ambiente de negócios, a insegurança jurídica e os investimentos. Os aspectos relacionados ao ambiente de negócios são detalhados na seção 3, ao passo que a insegurança jurídica é o objeto da seção 4. As considerações finais são apresentadas na seção 5.

2 CANAIS DE TRANSMISSÃO

Conforme se mencionou na introdução deste trabalho, dois canais de transmissão relacionam as taxas de investimento aos aspectos de natureza institucional no Brasil. Esses canais envolvem, conforme indicado na figura 1 seguir, a precariedade do ambiente de negócios e a insegurança jurídica.

Figura 1: Ambiente de negócios, insegurança jurídica e investimentos: canais de transmissão



Fonte: elaboração própria.

De uma forma geral, o ambiente de negócios diz respeito aos níveis de complexidade associados, por exemplo, aos procedimentos de abertura e fechamento de empresas ou de recolhimento de tributos. Embora envolva aspectos de natureza fundamentalmente institucionais, a qualidade do ambiente de negócios é aferida, para fins de análise de sua composição e de sua evolução ao longo do tempo e para subsidiar comparações internacionais, por meio de indicadores como o *"Doing Business"* publicado pelo Banco Mundial (INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, 2019). Trata-se de uma ponderação de indicadores associados a regulamentos relevantes para o ciclo de vida das pequenas e médias empresas de capital nacional em 190 economias. O fundamento básico é que a atividade econômica (particularmente o desenvolvimento do setor privado) beneficia-se de regras claras e coerentes. De fato, conforme se registra na seção 3 deste trabalho, há uma correlação estatisticamente significativa entre a qualidade do ambiente de negócios e os níveis de investimento.

No *framework* proposto, a precariedade do ambiente de negócios é atribuída, em síntese, a três aspectos: *i*) à carência de incentivos para que os agentes públicos busquem simplificar procedimentos no âmbito da administração pública; *ii*) ao reduzido *rule of law*, que induz à imposição de uma excessiva e rigorosa fiscalização *ex ante* diante da escassa possibilidade de aplicação de sanções *ex post* mais severas; e *iii*) às exigências redundantes resultantes da ausência de coordenação entre os diversos órgãos de governo e entre os entes da federação. Todos esses aspectos – bem como os conceitos a eles associados – são discutidos em detalhes na seção 3 deste trabalho.

Embora intuitivo e imediatamente aderente ao senso comum, o conceito de *insegurança jurídica* pode ser definido de maneira precisa com base no conceito complementar de *segurança*

jurídica. Trata-se do princípio segundo o qual o ordenamento jurídico deve prover àqueles que a ele estão sujeitos a possibilidade de regular sua própria conduta. Deffains e Kessedjian (2015, p. 1) apontam três elementos essenciais da segurança jurídica: *i*) acessibilidade, isto é, facilidade de acesso às normas legais (legislação amplamente disponível, exaustiva, publicada e validada); *ii*) previsibilidade (graças à hierarquia entre as normas legais e às competências de legisladores e juízes); e *iii*) razoável estabilidade no tempo. Na ausência desses elementos, pode-se caracterizar um ambiente de insegurança jurídica. Trata-se, assim, de um aspecto que limita a possibilidade de se calcular, com alguma previsibilidade, as consequências do ponto de vista legal das ações adotadas (PINHEIRO, 2014, 151).

Pinheiro (2017), ao discutir as razões para os reduzidos níveis de produtividade da economia brasileira, destaca seus elevados níveis de insegurança jurídica e argumenta que isso eleva o risco de empreender, desestimula o investimento e prejudica quase todos os atores sociais.² Borges (2017) destaca ainda que as fontes de insegurança jurídica no Brasil “vão desde a falta de clareza das leis, passando pela sobreposição de normas federais, estaduais e municipais, que, não raro, duplicam deveres e obrigações, até decisões judiciais descoladas da jurisprudência e dos precedentes”.

No caso brasileiro, a insegurança jurídica é atribuída, no *framework* proposto, *i*) à existência de normas ambíguas e dispersas e, portanto, sujeitas a múltiplas interpretações; e *ii*) à instabilidade jurisprudencial, que é caracterizada pela multiplicidade e pela dissonância de entendimentos no momento de aplicação das normas jurídicas. Conforme se pode observar, a insegurança jurídica reduz o *rule of law* e afeta, portanto, o ambiente de negócios. Os aspectos associados à insegurança jurídica são discutidos na seção 4.

3 AMBIENTE DE NEGÓCIOS

A tabela 1 registra os dados mais recentes relativos à classificação global do Brasil no *Doing Business* e a cada uma das dez áreas usadas para obtê-la.³ Cada uma dessas áreas, por sua vez, resulta da ponderação de conjuntos específicos de indicadores. Para obter os indicadores, o Banco Mundial trabalha com uma média simples da distância que separa cada país das melhores práticas globais relacionadas à regulamentação de negócios. A distância até a fronteira (“*distance to frontier*” ou “*DTF*”) é definida de forma que uma maior pontuação reflita um ambiente de negócios mais eficiente e instituições jurídicas mais fortes.

Tabela 1 – Classificação do Brasil no *Doing Business* 2019

Tópicos	DB 2019 Classificação	DB 2019 Pontuação	DB 2018 Pontuação	Mudança na pontuação (pontos percentuais)
Global	109	60.01	57.05	2.96
Abertura de empresas	140	80.23	64.76	15.47
Obtenção de alvarás de construção	175	49.86	49.83	0.03
Obtendo eletricidade	40	84.37	82.46	1.91
Registro de propriedades	137	51.94	52.60	0.66

² PINHEIRO, A. C. *Agenda de produtividade*. Valor Econômico, 06 out. 2017.

³ Além das dez áreas indicadas na tabela, a regulamentação do mercado de trabalho é uma área adicional não considerada na ponderação do *Doing Business* ou nos *rankings* internacionais.

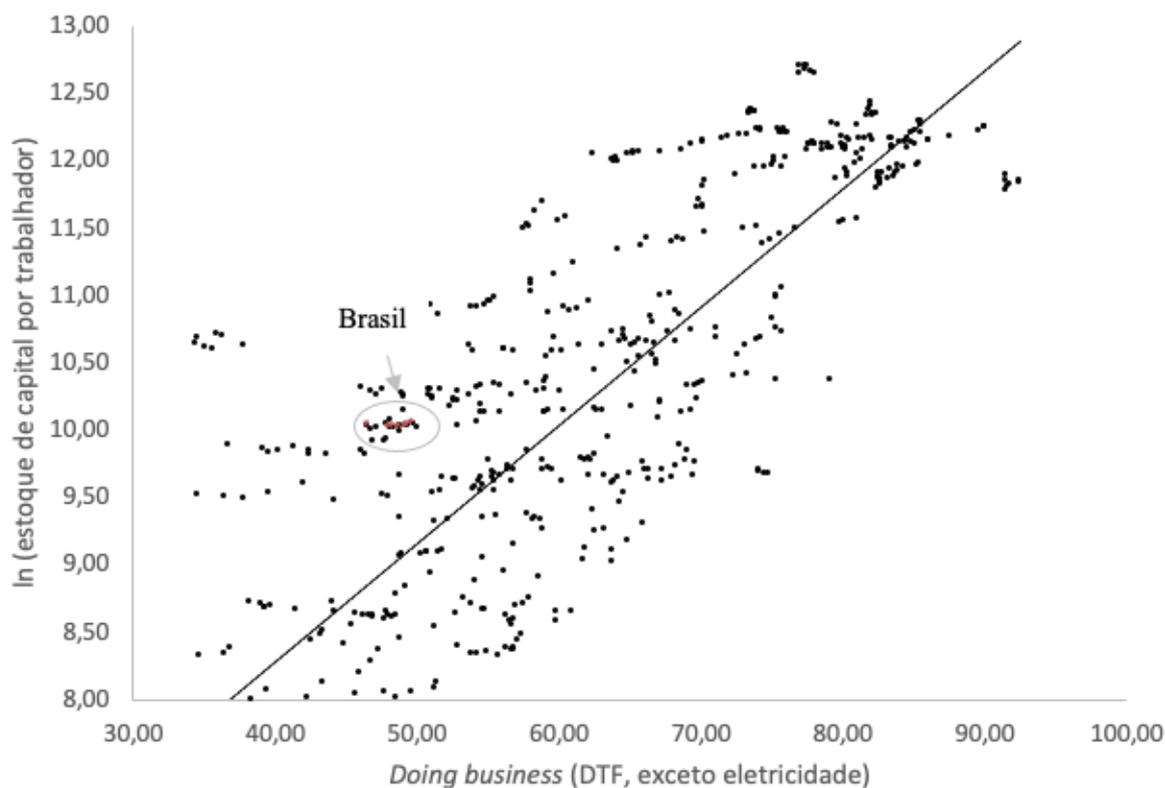
Tópicos	DB 2019 Classificação	DB 2019 Pontuação	DB 2018 Pontuação	Mudança na pontuação (pontos percentuais)
Obtenção de crédito	99	50.00	45.00	5.00
Proteção dos investidores minoritários	48	65.00	65.00	..
Pagamento de impostos	184	34.40	34.40	..
Comércio internacional	106	69.85	63.00	6.85
Execução de contratos	48	66.00	66.00	..
Resolução de Insolvência	77	48.48	47.46	1.02

Fonte: International Bank for Reconstruction and Development (2019).

Conforme se pode observar, o Brasil ocupa a posição 109 no conjunto das 190 economias para as quais o Banco Mundial calcula o *Doing Business*. Apesar da melhoria observada ao longo do último ano (em 2018 o Brasil ocupava a posição 125), o país tem ainda um longo caminho a percorrer para melhorar seu ambiente de negócios.

Há recorrentes evidências de que o ambiente de negócios mantém uma correlação positiva com as taxas de investimento. Essa correlação pode ser facilmente percebida na figura 1, em que se registram o ambiente de negócios e o logaritmo do estoque de capital por trabalhador (que reflete, em última análise, as taxas de investimento).

Figura 2: Ambiente de negócios e estoque de capital por trabalhador, 2005-2011



Fonte: Cavalcante (2015).

Regressões em painel com efeitos fixos (que consideram o efeito das variáveis omitidas, e, portanto, os aspectos idiossincráticos de cada país invariantes no tempo) apresentadas por Cavalcante (2015) indicam que, caso o Brasil tivesse alcançado, em 2011, o ambiente de negócios da China (medido de acordo com o *Doing Business*), seus níveis de investimento poderiam ser cerca de 15% maiores. A equiparação com países como a Polônia ou a Turquia poderia significar incrementos da ordem de 30% nos níveis de investimento. Caso o ambiente de negócios no Brasil alcançasse os níveis do México ou do Chile, o incremento percentual dos investimentos alcançaria 45%. Esses resultados evidenciam a importância da melhoria do ambiente de negócios no país para incrementar seus níveis de investimento.

Embora o *Doing Business* resulte da ponderação de um amplo conjunto de indicadores (sintetizados, na tabela 1, nas pontuações atribuídas a cada uma das dez áreas que o compõem), é possível associar sua precariedade no Brasil a um conjunto de aspectos principais que permeiam essas várias áreas. Trata-se, assim, de identificar aspectos que podem afetar simultaneamente várias dessas áreas e que podem requerer ações não apenas no âmbito do poder executivo, mas também no âmbito dos poderes legislativo e judiciário.

O primeiro aspecto diz respeito à carência de incentivos para que os agentes públicos busquem simplificar procedimentos no âmbito da administração pública. Trata-se, nesse caso, da propensão que têm os agentes públicos a adotarem precauções para autorizar ações do setor produtivo em virtude do risco de responsabilização. No caso da concessão de licenças e alvarás, por exemplo, não há, de forma geral, benefícios para os agentes públicos busquem concedê-los de forma simplificada. De um lado, inexitem, na maioria dos casos, premiações para os agentes que os concedem; por outro, eventuais problemas futuros envolvendo as licenças ou alvarás concedidos (ou mesmo uma interpretação distinta das normas que condicionam sua concessão) podem implicar a responsabilização individual do servidor público. Diante desse quadro, a escolha racional é impor o maior número possível de dificuldades para evitar dar sequência aos processos burocráticos e eventuais questionamentos judiciais de seus atos. Esse fenômeno – que pode ser chamado de “apagão das canetas” ou de “direito administrativo do medo” – tem retardado ou impedido investimentos em várias áreas e impõe, portanto, novos desafios para os formuladores de políticas públicas no país.

Ao analisarem os incentivos à corrupção e à inação no serviço público, Bugarin e Meneguín (2016) confirmam essa percepção. Esses autores argumentam, com base em um modelo de teoria da decisão, que os chamados “servidores de carreira” (que tendem a ter estabilidade funcional) “tendem a não inovar em sua gestão para não serem acusados de comportamento ilícito”. A chamada “*overregulation*” – isto é, o número excessivo de leis, regulamentos e controles – cria também dificuldades de gestão pública. Com efeito, já na década de 1990, Cohen e Eimicke (1994, p. 11) alertavam, ao analisarem a administração pública da cidade de Nova York, que “*these layers of rules and regulations make it virtually impossible to hire the best people, reward the top performers and terminate those who are unwilling or unable to perform their jobs*”. Mais recentemente, Yakovlev (2019), ao comparar os modelos de administração pública na China e na Rússia, segmentou três tipos de burocratas em um ambiente excessivamente regulado:

- Servidores ativos e honestos que se engajaram no serviço público para “servir à causa pública” e cujo foco é a progressão na carreira;
- Servidores ativos e corruptos que se engajaram no serviço público para obter ganhos pessoais; e
- Servidores passivos que valorizam a segurança e a estabilidade proporcionadas pelo serviço público e que preferem se ater a todas as regras e instruções existentes sem exibir iniciativa própria.

O “apagão das canetas” pode ser considerado, assim, um efeito de segunda ordem indesejável do desejável esforço de controle e de combate à corrupção no serviço público. Trata-se de um fenômeno razoavelmente conhecido e análogo à situação em que a norma positivada gera um incentivo socialmente indesejável (mesmo que decorrente de um outro esforço na direção desejada), engessa a criatividade humana e bloqueia inovações (SZTAJN, 2017). O adequado balanço entre o objetivo principal (combate ao mau uso de recursos, por exemplo) e sua externalidade negativa (paralisia de determinadas funções públicas) é ainda objeto de escassas avaliações no Brasil, seja no âmbito das análises de caráter jurídico, seja no âmbito das análises econômicas.

Especificamente no âmbito das políticas de inovação no Brasil, os reduzidos incentivos para que os agentes públicos busquem dirigir recursos para o setor produtivo em função da possibilidade de serem acusados de beneficiar empresas provadas foram apontados por Cavalcante (2018). Nos termos desse autor,

In general, bureaucrats responsible for the allocation of this kind of resource are afraid of being accused of favoring firms in exchange for any kind of benefit. As their salaries and their possibilities of getting a promotion are not directly associated to the effectiveness of the innovation policies focused on the industrial sector, bureaucrats would rather direct resources to more socially accepted projects in nonprofit organizations. This seems to be valid even when there are good projects and firms are capable of implementing them (Cavalcante, 2018, p. 380).

Esse problema vem sendo recorrentemente mencionado em matérias de jornal. Matéria publicada no Jornal “Valor Econômico”, por exemplo, registra que “diante do temor de ser responsabilizados pessoalmente, muitos técnicos deixam de agir, causando paralisia em projetos importantes”.⁴ Da mesma forma, matéria publicada no Jornal “O Globo” indica que o conflito entre agências reguladoras e o Tribunal de Contas da União (TCU) tem sido um entrave para os investimentos. Estudo da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) e da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV) mencionado pelo Jornal “O Estado de São Paulo” indica que enquanto o TCU foi ampliando sua interferência sobre o Executivo, “os gestores foram acometidos pelo medo de tomar decisões e ter de responder a processos judiciais”.⁵ A análise indica que *i*) em vários casos, o TCU não apenas tomou diferentes decisões em temas similares, como também desconsiderou sua própria jurisprudência; *ii*) o TCU decidiu diversos casos com base em critérios mais políticos do que técnicos e atuou em áreas que não lhe dizem respeito; e *iii*) apesar de ter exorbitado de suas prerrogativas em vários casos, o órgão contribuiu para aperfeiçoar as licitações e para que os administradores públicos se tornassem mais atentos e criteriosos. Diante dos problemas apontados nos itens *i* e *ii*, o Ministro do TCU Benjamin Zymler indica que, há algum tempo, muitos gestores públicos adotaram uma posição defensiva. Nos termos citados na matéria, “com receio de darem um parecer e serem depois acusados de algum delito, passaram a agir de modo burocrático e sem criatividade, engavetando projetos, adiando deliberações e travando determinados investimentos, prejudicando com isso o desenvolvimento do país”.

O segundo aspecto está relacionado ao chamado “*rule of law*”, que pode ser definido, de forma mais ampla como “Estado de direito”. Trata-se de um indicador que corresponde a “*the impersonal and systematic application of known rules to government actors and citizens alike*” (International Bank for Reconstruction and Development, 2017).⁶ O indicador é afetado

4 Disponível em <https://www.valor.com.br/brasil/5691757/apagao-das-canetas-trava-infraestrutura>. Acesso em 29 abr. 2019.

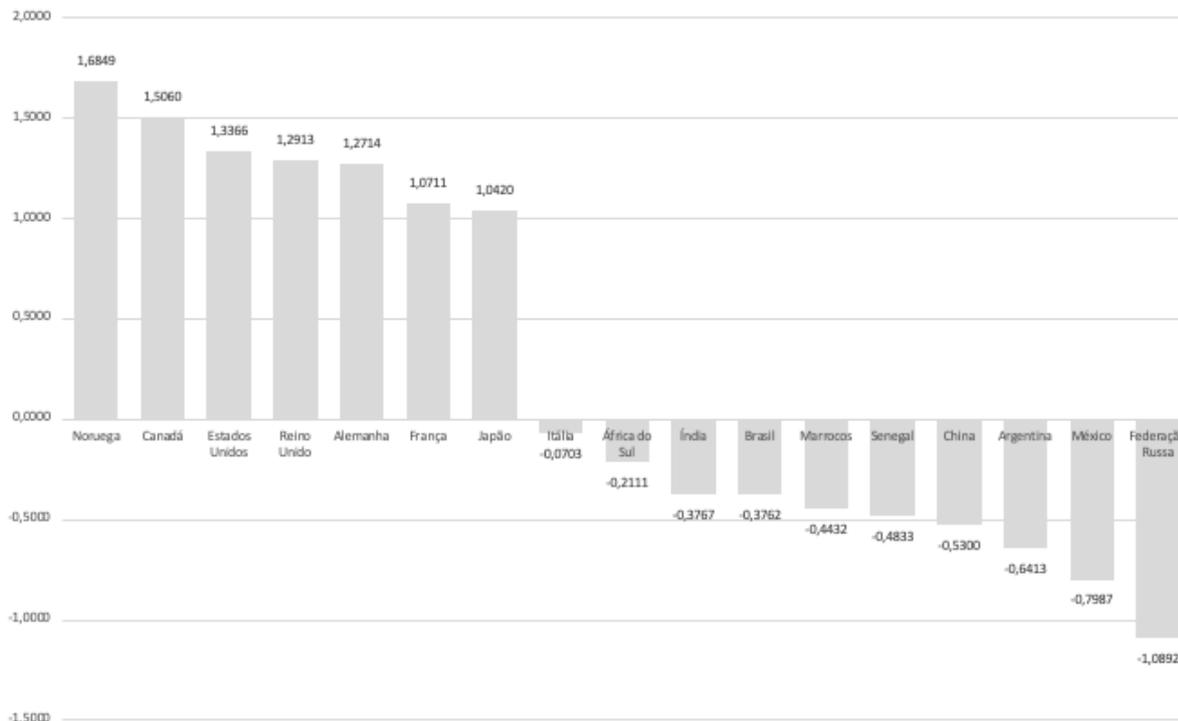
5 Disponível em <https://opinio.estadao.com.br/noticias/notas-e-informacoes,a-cultura-do-medo,70002782184>. Acesso em 29 abr. 2019.

6 No documento citado indica-se também a definição usada pelas Nações Unidas: “*a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and a principle of standards*”

pela insegurança jurídica, uma vez que a propensão à aplicação de regras conhecidas é menor quando não há clareza sobre as próprias regras.

Com relação ao indicador de *rule of law* aferido pelo Banco Mundial, a posição relativa do Brasil em relação a um conjunto de países selecionados está mostrada na figura 2 a seguir. Os países selecionados envolvem aquelas que compõem o acrônimo BRICS, economias latino-americanas de referência (México e Argentina), alguns países africanos e um conjunto de países desenvolvidos.

Figura 3: Rule of law em países selecionados, 2016



Fonte: elaboração própria com base nos dados do Banco Mundial disponíveis em <https://goo.gl/s6RczU>.

O indicador de *rule of law* pode situar-se entre + 2,5 (performance forte) e - 2,5 (performance fraca) e há claramente dois blocos na figura. O primeiro deles, formado pela Noruega, pelo Canadá, pelos Estados Unidos, pelo Reino Unido, pela Alemanha, pela França e pelo Japão, tem indicadores da ordem de + 2,0 ou + 1,5 e é formado por países marcados por maiores níveis de segurança jurídica. Já o segundo bloco, que contém a Itália, a África do Sul, a Índia, o Brasil, o Marrocos, o Senegal, a China, a Argentina, o México e a Federação Russa, tem indicadores que variam de pouco mais de - 1,0 a pouco menos de + 0,5.

Nas circunstâncias em que o *rule of law* é reduzido e em que, portanto, não se espera uma aplicação sistemática das regras pelo governo e pelos cidadãos, o poder executivo tem uma maior propensão a adotar controles excessivos com antecedência (isto é, antes da consumação dos investimentos). Isso ocorre porque os níveis de confiança na aplicação de sanções mais severas a posteriori é reduzida. Nesses casos, exigem-se, por exemplo, mais alvarás e licenças *ex ante* para garantir o cumprimento *ex post* da lei. De maneira análoga, os procedimentos associados aos processos licitatórios e aos contratos públicos de forma geral tendem a ser mais rígidos para atender aos requisitos de controle *ex ante*, ainda que sacrificando a eficiência da

(International Bank for Reconstruction and Development, 2017).

administração (FIUZA, 2009). Esse quadro tende a tornar o ambiente de negócios mais precário e burocrático e, conseqüentemente, a inibir investimentos.

Finalmente, o terceiro aspecto relaciona-se com as exigências redundantes resultantes da ausência de coordenação entre os diversos órgãos de governo e entre os entes da federação. Com efeito, a excessiva burocratização muitas vezes exige dos investidores a apresentação de documentos e certidões a mais de uma instituição governamental. As exigências redundantes podem decorrer da atuação de dois ou mais órgãos distintos que requerem a mesma documentação para o cumprimento de alguma formalidade legal. Isso pode ocorrer entre órgãos da União, por exemplo, caracterizando uma espécie de “redundância horizontal” (isto é, no mesmo nível) ou entre órgãos da união e dos estados ou do Distrito Federal (“redundância vertical”). Esse aspecto essencialmente funcionalista tende a ser objeto de ações dos poderes executivos federal, estaduais, distrital ou municipais e envolve, via de regra, ações de informatização e otimização de procedimentos. Trata-se, aqui, de ações de desburocratização e de integração de sistemas, por exemplo. Embora esse seja o aspecto em que o Brasil – assim como vários outros países – tem mais avançado, parece haver ainda um amplo espaço para a simplificação de procedimentos associados, por exemplo, ao pagamento de impostos ou ao comércio internacional.

Conforme se pode observar, os três aspectos mencionados permeiam as várias áreas que compõem o *Doing Business*. De fato, a obtenção de alvarás ou o registro de propriedades, por exemplo, estão claramente relacionados tanto à carência de incentivos para que os agentes públicos busquem simplificar procedimentos como à imposição de uma excessiva e rigorosa fiscalização *ex ante*. Da mesma forma, procedimentos relativos ao pagamento de impostos ou ao comércio internacional são negativamente afetados não só por esses dois aspectos como também por exigências redundantes impostas pela Receita Federal e pelas secretarias estaduais de fazenda.

4 INSEGURANÇA JURÍDICA

Conforme se destacou na seção 2 deste trabalho, a insegurança jurídica ocorre quando aqueles que estão sujeitos a um determinado ordenamento jurídico não conseguem regular sua própria conduta, seja porque não têm acesso às normas jurídicas, seja porque essas normas são imprevisíveis, seja porque são aplicadas de maneira diversa ao longo do tempo. Trata-se de um conceito intuitivo, porém de difícil aferição quantitativa. Contudo, assim como no caso do ambiente de negócios, indicadores quantitativos de insegurança jurídica são obtidos a partir da aplicação de questionários a “especialistas reconhecidos” em áreas definidas e em diferentes países. Esse procedimento foi adotado pela *Fondation pour le droit continental*, entidade criada em 2007 a partir de uma parceria entre o poder público, professores de direito e empresas internacionais, que publicou, em 2015, um relatório intitulado “Índice de Segurança Jurídica” (DEFFAINS; KESSEDJIAN, 2015) Nessa publicação, reúnem-se dados sobre segurança jurídica em um conjunto de 13 países em seis áreas do direito (direito contratual, resolução de conflitos, direito imobiliário, responsabilidade civil, direito societário e direito do trabalho).⁷

A tabela resulta também da ponderação dos resultados de modo a não penalizar os países cujo sistema jurídico se apoia no direito comum (“*common law*”), uma vez que, nesses casos, a disponibilidade proporcionalmente menor de normas escritas poderia dar a impressão de maiores níveis de insegurança jurídica. Os resultados obtidos pela *Fondation pour le droit*

⁷ Os questionários foram aplicados a casos hipotéticos específicos. Foram definidos dois casos para cada uma das áreas analisadas, perfazendo um total de 12 casos.

continental para um conjunto de seis áreas (ou ramos) do direito estão indicados na tabela 2 a seguir.

Tabela 2: Índice de segurança jurídica em países selecionados de acordo com a Fondation pour le droit continental

Posição	País	Média	Direito contratual	Resolução de conflitos	Direito imobiliário	Responsabilidade civil	Direito societário	Direito do trabalho
1	Noruega	7,19	7,81	6,34	7,77	5,98	6,86	8,36
2	Alemanha	6,93	8,13	7,03	8,28	6,59	5,43	6,11
3	França	6,82	5,31	6,96	7,54	6,54	7,79	6,8
4	Reino Unido	6,56	8,03	6,29	5,98	5,91	5,89	7,26
5	China	6,41	6,23	6,89	5,29	4,85	8,79	6,39
6	Marrocos	6,38	6,56	7,08	7,1	4,54	6,88	6,14
7	Senegal	6,35	7,49	6,17	5,99	5,86	7,24	5,32
8	Itália	6,19	5,52	6,29	5,09	5,57	6,99	7,69
9	Canadá	6,13	6,56	5,24	5,46	6,89	-	6,47
10	Argentina	6,03	5,46	6,21	6,6	6,2	5,69	-
11	Japão	5,97	5,95	5,66	5,82	6,47	5,55	6,39
12	Estados Unidos	5,75	7,03	5,93	5,9	4,92	6,24	4,48
13	Brasil	5,63	5,47	5,86	7,03	4,12	6,37	4,96

Fonte: Deffains e Kessedjian (2015, p. 109).

Com base nos dados da tabela 2, é possível observar que há uma correlação (ainda que imperfeita) entre os níveis de segurança jurídica e os níveis de desenvolvimento econômico. Com efeito, o grupo de quatro países com indicadores mais elevados de segurança jurídica é formado pela Noruega, pela Alemanha, pela França e pelo Reino Unido. Porém, essa correlação é imperfeita, uma vez que países como a China, o Marrocos e o Senegal estão mais bem posicionados do que a Itália e o Canadá, por exemplo. Os resultados eventualmente contraintuitivos podem ser atribuídos a dois fatores principais:

- A segurança jurídica tem uma correlação com o desenvolvimento econômico, mas não é, obviamente, o único fator que o explica; e
- A medida de insegurança jurídica obtida por Deffains e Kessedjian (2015) pode ser limitada aos casos hipotéticos específicos analisados pelos especialistas.

Deffains e Kessedjian (2015) argumentam também que os resultados não são correlacionados com a origem legal de cada país. Assim, por exemplo, os quatro países mais bem posicionados, embora situados no “espaço europeu”, têm tradições jurídicas distintas. Essa conclusão, contudo, pode ser afetada pela ponderação feita justamente para não penalizar os países cujo sistema jurídico se apoia no direito comum.

De qualquer forma, o Brasil aparece, na amostra de 13 países, como aquele que apresenta o menor índice médio de segurança jurídica. Uma análise mais cuidadosa da tabela 1 indica que:

- Em quatro das seis áreas (direito contratual, resolução de conflitos, responsabilidade civil e direito do trabalho), o Brasil fica entre os três países com piores índices de segurança jurídica; e
- O país fica razoavelmente bem colocado no direito imobiliário (5º melhor índice de segurança jurídica) e no direito societário (7º).

Naturalmente, idiossincrasias de cada uma dessas áreas concorrem para explicar os resultados atribuídos ao Brasil. Contudo, ao se buscarem aspectos de natureza mais geral que permeiam todas essas áreas (de maneira análoga ao que se fez no caso do ambiente de negócios), é possível identificar dois fatores principais que parecem estar por trás dos elevados níveis de insegurança jurídica observados no Brasil.

O primeiro deles diz respeito ao elevado número de normas ambíguas e dispersas. Com efeito, as normas existentes no país muitas vezes dão margem a múltiplas interpretações. Além disso, o mesmo tema é regulamentado por diferentes normativos (muitas vezes contraditórios entre si). Esse quadro tende a dificultar a regulação da própria conduta, uma vez que as pessoas físicas e jurídicas nem sempre conseguem antecipar de que forma as normas serão interpretadas pelos agentes públicos. Pode-se supor que esse quadro decorra do processo legislativo, que incentiva o estabelecimento de normas de caráter mais geral e abstrato (e, portanto, passíveis de múltiplas interpretações). Isso ocorreria, em tese, porque para alcançar a maioria necessária para a aprovação de novas leis, por exemplo, os parlamentares tendem a tornar a redação das normas mais difusa. Essa hipótese – que carece ainda de comprovação empírica – pode estar na raiz do problema.

O segundo fator de caráter mais geral que eleva a insegurança jurídica no Brasil é instabilidade jurisprudencial. Trata-se, nesse caso, da multiplicidade e da dissonância de entendimentos que decorre, inclusive, da ambiguidade e da dispersão da legislação. Dessa forma, situações parecidas podem ser julgadas de formas diversas por diferentes magistrados e tribunais, ampliando a insegurança jurídica. Nos termos de Pinheiro (2005, p. 3), “a segurança jurídica não decorre apenas da estabilidade, certeza, previsibilidade e calculabilidade do ordenamento jurídico positivo, mas também do respeito a esses preceitos gerais na sua interpretação e aplicação pelo Judiciário”. Além disso, o país tem demonstrado “falhas importantes com relação ao acesso às informações jurisdicionais” (SANTANA; PAMPLONA. 2019). Com isso, a possibilidade de entendimentos múltiplos e dissonantes sobre uma mesma norma jurídica tende a aumentar simplesmente porque os dados sobre decisões pretéritas nem sempre são facilmente acessados. É claro que a instabilidade tende a se reduzir quando se cristaliza uma jurisprudência sobre um tema. Contudo, em alguns casos, mesmo quando a legislação é bastante explícita e quando já há julgamentos recorrentes em uma direção, pode haver entendimentos divergentes. Esse é o caso, por exemplo, da chamada “reforma trabalhista”, que mesmo explicitando em lei determinados entendimentos, levou a decisões antagônicas por diferentes juízes (DIAS; CAVALCANTE, 2019).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho foram sistematizados os aspectos de natureza institucional que concorrem para os baixos níveis de investimento no Brasil. Demonstrou-se, inicialmente, que as

taxas de investimento no país encontram-se em um nível excessivamente baixo. Comparações internacionais mostram que, nesse quesito, o Brasil encontra-se abaixo de qualquer país de referência escolhido, seja no âmbito dos países que forma o acrônimo BRICS, seja na América Latina, seja ainda em comparações com países de alta renda. Argumentou-se então que aspectos de natureza institucional concorrem, ao lado das políticas macroeconômicas e fiscais, para os baixos níveis de investimento no Brasil.

Com base em dados de instituições como o Banco Mundial e a *Fondation pour le droit continental*, dois aspectos foram apontados como obstáculos ao crescimento das taxas de investimento no Brasil: *i)* a precariedade do ambiente de negócios; e *ii)* os elevados níveis de insegurança jurídica observados no país. Os dados empíricos reafirmaram essa percepção. O Brasil ocupa a posição 109 no conjunto das 190 economias para as quais o Banco Mundial calcula o *Doing Business* e figura, em uma amostra de 13 países, como aquele que apresenta o menor índice médio de segurança jurídica. Embora o ambiente de negócios e a segurança jurídica sejam segmentados em várias áreas (ou, no segundo caso, em ramos do direito), neste trabalho buscou-se identificar fatores de ordem mais geral que explicam a posição desconfortável do país nesses quesitos. A precariedade do ambiente de negócios foi atribuída a três aspectos: *i)* à carência de incentivos para que os agentes públicos busquem simplificar procedimentos no âmbito da administração pública (“apagação das canetas” ou “direito administrativo do medo”); *ii)* ao reduzido *rule of law*, que induz à imposição de uma excessiva e rigorosa fiscalização *ex ante* diante da escassa possibilidade de aplicação de sanções *ex post* mais severas; e *iii)* às exigências redundantes resultantes da ausência de coordenação entre os diversos órgãos de governo e entre os entes da federação. A insegurança jurídica, por sua vez, foi atribuída aos seguintes aspectos: *i)* existência de normas ambíguas e dispersas e, portanto, sujeitas a múltiplas interpretações; e *ii)* instabilidade jurisprudencial, que é caracterizada pela multiplicidade e pela dissonância de entendimentos no momento de aplicação das normas jurídicas.

Todos esses aspectos têm repercussões negativas sobre os níveis de investimento e, portanto, sobre o desenvolvimento econômico e social. Nesse sentido, a elaboração de políticas públicas capazes de lidar com eles é um desafio que precisa ser urgentemente enfrentado. Trata-se, portanto, de uma agenda de pesquisa que pode amparar a formulação de políticas públicas capazes de elevar as taxas de investimento no Brasil por meio da melhoria do ambiente de negócios e da redução da insegurança jurídica sem sacrificar as medidas de combate à corrupção e ao mau uso de recursos públicos. Uma agenda de pesquisa dessa natureza é obviamente interdisciplinar, uma vez que o tema, além de envolver aspectos relacionados à gestão pública, tem uma clara interface com a área de direito, uma vez que aspectos de natureza legal e jurídica mantêm forte associação com o ambiente de negócios e com a insegurança jurídica.

Embora a produção bibliográfica sobre os canais de transmissão discutidos neste trabalho seja ainda escassa e incipiente, pode-se afirmar, *a priori*, que as ações a serem adotadas não se limitam ao Poder Executivo. Com exceção da coordenação de órgãos de governo e entes da federação visando à eliminação de exigências redundantes, que depende essencialmente de decisões administrativas, os demais aspectos envolvem diretamente os poderes legislativo (visando, por exemplo, a redução da ambiguidade e da dispersão das normas jurídicas) e o poder judiciário (visando, por exemplo, ampliar a estabilidade jurisprudencial). A elaboração de políticas públicas capazes de lidar com esses problemas parece ser essencial para a retomada dos investimentos no Brasil.

REFERÊNCIAS

- BORGES, C. A. *A segurança jurídica que o setor produtivo espera*. Brasília: CNI, 2017. Disponível em <http://www.portaldaindustria.com.br/cni/canais/atuacao-juridica/boletim/1-edicao/seguranca-juridica-que-o-setor-produtivo-espera/>. Acesso em 16 maio 2019.
- BUGARIN, M. MENEGUIN, F. B. Incentivos à corrupção e à inação no serviço público: uma análise de desenho de mecanismos. *Estudos econômicos*, v. 46, n. 1, p. 43-89, 2016.
- CAVALCANTE, L. R. Misty consensus, messy dissensus: paradoxes of the Brazilian innovation policies. *INMR - Innovation & Management Review*, v. 15, n. 4, p. 373-385, 2018.
- CAVALCANTE, L. R. Ambiente de negócios, investimentos e produtividade. In: DE NEGRI, F.; CAVALCANTE, L. R. *Produtividade no Brasil: desempenho e determinantes*. Brasília: Ipea, 2015. v. 2 (determinantes).
- DIAS, G. B.; CAVALCANTE, L. R. Custos, insegurança jurídica e terceirização: percepção das empresas. *Direito & Desenvolvimento*, v. 10, n. 2, p. 223-240, jul./dez. 2019.
- COHEN, S.; EIMICKE, W. The overregulated civil service. *Review of Public Personnel Administration*, v. 14, n. 2, p. 11-27, 1994.
- DEFFAINS, B.; KESSEDJIAN, C. *Index de la sécurité juridique: Rapport pour la Fondation pour le droit continental*, Mai 2015. Disponível em <https://goo.gl/Vq6kC1>. Acesso em 16 maio 2019.
- FIUZA, E. P. S. Licitações e governança de contratos: a visão dos economistas. In: SALGADO, L. H.; FIUZA, E. P. S. (Orgs.). *Marcos regulatórios no Brasil: é tempo de rever regras?* Brasília: Ipea, 2009. v. 2.
- INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT / THE WORLD BANK. *World Development Report: Governance and the Law 2017*. International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, 2017. Disponível em <https://goo.gl/t3ZLOc>. Acesso em 16 maio 2019.
- INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT / THE WORLD BANK. *Doing Business 2019: Training for Reform*. Washington (DC): International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, 2019.
- MATION, L. Comparações internacionais de produtividade e impactos do ambiente de negócios. In: DE NEGRI, F.; CAVALCANTE, L. R. *Produtividade no Brasil: desempenho e determinantes*. Brasília: Ipea, 2014. v. 1 (desempenho).
- PINHEIRO, A. C. A justiça e o custo Brasil. *Revista USP*, n. 101, p. 141-158, 2014.
- PINHEIRO, A. C. Segurança jurídica, crescimento e exportações. Rio de Janeiro: IPEA, out. 2005 (texto para discussão nº 1125).

SANTANO, A. L. W.; PAMPLONA, D. A. Acesso à informação no judiciário: necessários aprimoramentos para uma accountability social. *Direito & Desenvolvimento*, v. 10, n. 1, p. 152-168, jan./jun. 2019.

SZTAJN, R. Direito comercial e desenvolvimento econômico. *Direito & Desenvolvimento*, v. 8, n. 2, p. 11-21, 2017.

YAKOVLEV, A. *State capitalism and incentives for bureaucracy in non-democratic political setting: Chinese vs. Russian experience*. EACES Workshop on State Capitalism, Moscow, HSE, Apr. 2019.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

PARTICIPAÇÃO DA MULHER NA POLÍTICA BRASILEIRA

RICARDO SÉRVULO FONSÊCA DA COSTA
ROGÉRIO MAGNUS VARELA GONÇALVES

PARTICIPAÇÃO DA MULHER NA POLÍTICA BRASILEIRA

WOMEN'S PARTICIPATION IN BRAZILIAN POLITICS

Recebido: 30/09/2020
Aprovado: 21/07/2021

Ricardo Sérvulo Fonsêca da Costa ¹
Rogério Magnus Varela Gonçalves²

RESUMO:

A participação da mulher na política brasileira perpassa invariavelmente pela forma como o machismo se manifesta quando encontra mulheres ocupando lugares de prestígio que geralmente são preenchidos por homens. É inegável que em todas as partes do mundo as mulheres continuam sendo marginalizadas na esfera política uma vez que os cargos de poder foram historicamente ocupados por homens. Existem vários dados que comprovam como essa situação se perpetua até os dias de hoje e existem vários fatores que contribuem para a baixa participação das mulheres na política e para essa realidade ser assim, tão desigual. Às vezes a baixa participação vem de leis discriminatórias e da falta de acesso das mulheres à educação, por vezes vem de práticas culturais que produzem estereótipos limitadores sobre o gênero feminino. Não é fácil para uma mulher chegar a um cargo de liderança e muitas vezes quando elas finalmente conseguem ocupar os espaços de poder majoritariamente masculinos, elas recebem uma enxurrada de julgamentos e ataques justamente por serem mulheres. Segundo dados divulgados pela União Inter-Parlamentar, o Brasil tem uma das taxas mais baixas do mundo de presença de mulheres no Congresso Nacional, ficando atrás até mesmo de países do Oriente Médio. Em que pese políticas públicas voltadas para incentivar a participação da mulher na política, sabe-se que esse espaço de poder continua sendo predominantemente masculino. O presente estudo se propõe a fazer um breve apanhado histórico da participação da mulher na política desde o seu início até os dias atuais. De modo a se alcançar o objetivo proposto, o aporte metodológico utilizado como subsídio ao estudo privilegiou material acadêmico e referências bibliográficas atinentes à matéria.

Palavras-chave: Mulher na política. Espaços de poder. Gênero feminino.

ABSTRACT:

Women's participation in brazilian politics invariably permeates the way the mechanism of manifestation when it finds women occupying prestigious places that are often filled by men. It

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales pela Universidad Del Museo Social Argentino. Mestre em Direito pelo PPGD Unipe. Especialista em Direito Processual Civil pela UNP. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (1993). Atualmente é Procurador Geral do Município de Itabaiana-PB. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político - ABRADep. Membro da Academia Paraibana de Letras Jurídicas - APLJ. Professor universitário na FESP - Faculdades de Ensino Superior da Paraíba. Advogado - Ordem dos Advogados do Brasil. Jornalista e apresentador de TV, em programa jornalístico jurídico. Tem experiência na área de Direito. Email: rservuloadv@gmail.com

² Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (1996). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (2002) e Doutor em Direito Constitucional na Universidade de Coimbra (2010). Doutorado revalidado pela Universidade Federal da Paraíba. É conselheiro federal - OAB - CONSELHO FEDERAL, tendo sido presidente da Comissão Nacional do Exame de Ordem e Membro da Comissão Nacional de Educação Jurídica (ambos do CFOAB - gestão de 2016 até 2019). Professor titular do Centro Universitário de João Pessoa. Membro permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) do Centro Universitário de João Pessoa. Professor colaborador da Fundação Educacional Jayme de Altavila, Sócio Fundador do Varela e Negreiros Advogados Associados. Fundador do Instituto Eduardo Correia, professor da pós-graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público da Paraíba, professor da pós-graduação da Escola Superior da Advocacia, professor da pós-graduação da Escola Superior da Magistratura Trabalhista, professor da pós-graduação da Universidade Cândido Mendes e professor da pós-graduação da Universidade Potiguar. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Administrativo e Municipal. Email: rogeriovarela@bol.com.br

is undeniable that in all parts of the world women continue to be marginalized in the political sphere, since the power burdens were historically occupied by men. There is a lot of evidence to see how this situation is perpetual to this day and there are a number of factors that contribute to the low participation of women in politics and in this reality to be so, so unequal. Sometimes low participation comes from discriminatory laws and women's lack of access to education, sometimes from cultural practices that produce limiting stereotypes about women. It is not easy for a woman to reach a leadership charge and often when they finally manage to occupy mostly male power spaces, they receive a flood of judgments and attacks by women only. According to data released by the Inter-Parliamentary Union, Brazil has one of the lowest rates in the world of women in Congress, behind the same country in the Middle East. In what public policies aimed at encouraging women's participation in politics, you know that this space of power remains predominantly male. This study aims to make a brief history of women's participation in politics from the beginning to the present day. In order to achieve the proposed objective, the methodological method used as a subsidy to the study privileged academic material and relevant bibliographical references.

Keywords: Woman in politics. Spaces of power. Feminine Gender.

1 INTRODUÇÃO

As mulheres sempre lutaram por melhores condições de emprego, salário e participação na política. Os obstáculos são muitos, de salários desiguais à falta de representatividade política. Política, que inclusive trata-se de uma palavra do gênero feminino que é dominada por homens. Sabe-se que a política acompanha o que acontece em vários setores da sociedade, e a desigualdade está em todos eles.

A lei eleitoral obriga que os partidos políticos tenham cotas para mulheres para justamente aumentar a representação feminina na política. Os partidos políticos são obrigados a preencher uma cota de 30% (trinta por cento) de candidatas em cada partido ou coligação.

Hoje, existe uma lei para a candidatura, mas não para garantir assentos, embora haja uma proposta de emenda constitucional (PEC) em tramitação. O problema da candidatura é que as vagas muitas vezes são preenchidas apenas para atender as cotas. O fundo partidário é de apenas 5% (cinco por cento) para garantir as candidaturas dessas mulheres e é fato notório que via de regra vence a campanha onde se deposita mais dinheiro, vence quem tem mais recursos. Nota-se que a obrigatoriedade das cotas muitas vezes não se converte em votos e resultado nas urnas.

Ocorre que a mentalidade dos partidos é que é necessário cumprir a cota, mas não existe o entendimento da real necessidade de inclusão das mulheres na política.

As cotas veem de um movimento internacional muito importante que ocorreu em 1995 em Pequim, e mais de 100 países no mundo adotam essa prática para mulheres na política porque viu-se a necessidade de inserção desse grupo nos espaços de poder políticos.

A dificuldade para que essa prática surta efeito no Brasil envolve uma série de questões, sendo a primeira delas o sistema eleitoral brasileiro que é um sistema de lista aberta e que faz com que todos os candidatos de um mesmo partido ou coligação disputem entre si, ocasionando que o vencedor dessa briga seja justamente aquele que teve mais dinheiro, se apenas 5% (cinco por cento) do fundo partidário é destinado às mulheres, por óbvio elas saem prejudicadas na disputa. Outro grande problema perpassa pela resistência dos partidos políticos em incluir mulheres, uma vez que eles não as identificam com capital político suficiente para atrair votos.

Fala-se em focar na transparência dos partidos políticos para entender como essas mulheres candidatas são selecionadas, o tipo de apoio que elas recebem para que elas tenham chances efetivas de chegar ao final da disputa eleitoral e serem eleitas uma vez que não adianta a previsão legal de no mínimo 30% (trinta por cento) de cotas destinadas à essas mulheres, se não será possível para elas a real chance de disputa em condições iguais as dos homens e em pé de igualdade.

As mulheres são a maioria da população, mas estão sub-representadas em vários setores da sociedade, na política são minoria e em pleno século 21 a voz feminina ainda é abafada pelo machismo e preconceito, a exemplo disso, e independentemente de suas posições políticas e/ou viés ideológico, recorde-se dos fatos públicos e notórios de ataques misóginos que algumas mulheres na política sofreram e sofrem via mídias e redes sociais ao redor do mundo. Cite-se a atual vice-presidente da Argentina, Cristina Kirchner que foi retratada em capas de revistas de grande circulação nacional naquele país, nua e com expressão de regozijo como se estivesse inebriada pelo poder, cite-se a ex-presidente Dilma Rousseff que à época de seu *impeachment* foi retratada também com uma expressão em close de seu rosto dando a entender que ela estava completamente alterada, e em surtos e que por isso, não teria condições de governar o país em virtude de seu descontrole emocional. Seguindo o fio da meada de casos internacionais, nos Estados Unidos as mulheres também são expostas a ataques machistas e misóginos, uma vez que Sara Palin, atual governadora do Alaska e uma das pessoas mais importantes dentro do partido republicano foi questionada em entrevista se ela teria aumentado os seios e trocado próteses de silicone, ou até mesmo Hillary Clinton que disputou as eleições presidenciais dos EUA com o atual presidente eleito Donald Trump, tentando ser a primeira mulher a se tornar chefe do poder executivo naquele país e dentre inúmeros ataques que sofreu durante a campanha, não por sua condição de candidata, e sim por ser mulher viu seu nome atrelado a um slogan de campanha que incentivava inclusive a violência contra a mulher, pois apoiadores do candidato que posteriormente viria a se tornar presidente dos EUA fizeram um trocadilho com o a palavra “*thump*” que em inglês significa “murro” e o sobrenome do presidente “Trump” numa frase que virou “*Thump that bitch*”, algo como “esmurre aquela vadia”, recurso de campanha visivelmente desrespeitoso e machista disfarçado de brincadeira eleitoral.

Um padrão que costuma se repetir é o de estereotipar uma mulher que ascendeu politicamente de alguma forma, sendo a primeira opção taxá-la de castradora, mandona, autoritária que assusta os homens, e a segunda forma a de enquadrá-las é colocá-las no outro extremo, o da fragilidade, da mulher fraca, sem pulso. Não importa em qual dos extremos a mulher é colocada, ela acabará sendo menosprezada por sua condição de mulher.

Os exemplos citados foram de mulheres brancas e dentro de um determinado contexto, mulheres privilegiadas, quando se trata de mulheres negras que estão começando a ocupar cada vez mais espaços, a discriminação é dupla, pois elas sofrem a discriminação de gênero e a racial, vide o exemplo da atual vice-governadora do Estado do Piauí Regina Sousa que a época do fato era Senadora pelo mesmo Estado e foi chamada de “tia do café” pelo humorista Danilo Gentili. Nos EUA, Michelle Obama, esposa do ex-presidente Barack Obama e que participou ativamente das duas gestões do marido à frente da Casa Branca, foi atacada constantemente nas redes sociais sendo chamada de “macaca” e para sair do eixo Brasil-Estados Unidos, outro exemplo emblemático dessa dupla discriminação ao redor do mundo é Cécile Kyenge, política italiana nascida no Congo e que foi a primeira mulher negra a ocupar um ministério italiano. Cécile sofreu ameaças sexistas e insultos racistas que não partiram apenas da população em geral, mas também de colegas homens, deputados e pessoas que fizeram parte do governo italiano.

No Brasil, algumas iniciativas tentam ajudar na transformação dessa realidade. A lei 9096/1995, art. 45 determina que as legendas dediquem 10% (dez por cento) do tempo de propaganda ao incentivo da participação das mulheres na política, sendo outro grande desafio conciliar as tarefas mais associadas ao gênero feminino com a vida pública uma vez que a mulher, via de regra não tem apenas uma atividade, tendo dois ou três trabalhos, tendo em vista que ao sair do expediente ainda continua trabalhando em casa e sendo dessa forma sobrecarregada e não encontrando condições para assumir outro tipo de atividade.

A participação da mulher brasileira na política ainda é muito pequena, em todas as casas legislativas. Comparando com outros países, o Brasil ocupa uma das piores posições do mundo entre os países da América Latina.

As mulheres precisam ocupar esse espaço de poder para que elas possam falar por mulheres formulando políticas públicas voltadas para as mulheres, e em virtude disto essa representatividade se faz necessária.

Quando não existe essa representação feminina que impacta diretamente nas tomadas de decisões políticas da sociedade ocorrem uma série de consequências.

No Brasil, se olharmos para as câmaras de vereadores, há muitas onde não há uma mulher sequer compondo as assembleias. Quando se coloca pessoas com perspectivas e experiências diversas dentro de um ambiente político de tomadas de decisão para a sociedade como um todo, é importante que haja opiniões contrárias à da maioria para justamente chegar a melhores decisões pensadas, refletidas e mais dialogadas porque é pensado no bem comum, e quando há mulheres ocupando esses espaços trazendo as pautas das mulheres para discussões há uma maior contribuição para que o resultado almejado seja alcançado.

Os desafios e dificuldades de inclusão de mulheres na política são inegáveis e trazem claramente as marcas da desigualdade de gênero.

Muito se fala sobre a questão da renovação política e a representatividade torna-se essencial para que se tenha uma política e democracia mais eficientes e que de fato representem o interesse de todos.

O presente artigo busca discutir o nível de representatividade que as mulheres possuem no cenário político brasileiro e apresentar um breve histórico da participação feminina na política.

2 HISTÓRIA DAS MULHERES NA POLÍTICA BRASILEIRA

A mulher entrou para o mercado de trabalho na segunda metade do século 18, durante a Revolução Industrial. Naquela época os salários eram até 60% (sessenta por cento) menores que o dos homens. Por conta disso, surgiram protestos contra a exploração da mão de obra feminina. No Brasil, o movimento pelos direitos da mulher nasceu em meio aos grupos anarquistas no início do século 20. A principal reivindicação era justamente melhores condições de trabalho.

Dias e Soihet (*apud* Céli Regina Jardim Pinto, 2017, n.p.) fazem um breve apanhado histórico da situação da mulher na época:

Na década de 1950, trabalhar fora de casa aceito apenas para mulheres pertencentes às camadas populares sociedade, em que o imperativo de sobrevivência sobrepuja quaisquer preconceitos ou tabus, muito embora essas mulheres sofressem toda sorte de abusos no ambiente de trabalho e ao transitar pelas ruas. Nas elites e classes médias urbanas, o lugar sagrado da mulher era lar, cumprindo seu papel de mãe santificada, pele menos nos discursos da família ideal, sendo, portanto, desaconselhável e mesmo vetado ter vida pública.

Em março, comemora-se o Dia Internacional da mulher, mas esse mês ficou marcado como o mês das mulheres por conta de uma tragédia, um incêndio em uma fábrica de tecidos em Nova Iorque, que vitimou 130 operárias que morreram queimadas no dia 25 de março de 1911.

É importante destacar o clamor social que imperava na época e que acabou servindo como pano de fundo para início da luta das mulheres pelas condições mais dignas de trabalho, respeito e salários mais justos.

Glauca Cristina Candian Fraccaro (2018, n.p.) ensina:

As greves se espalharam por diversas fábricas. Essas mobilizações eclodiram face aos efeitos da Crise de 1929, que se agravava internacionalmente. Desemprego e redução dos salários tornavam as condições de vida mais difíceis. Os empresários repassavam os custos da crise em forma de aumento da jornada de trabalho, que havia sido reduzida para conter estoques e produção de mercadoria, sem aumento dos salários. Esses eram os motivos que agitaram as greves iniciadas logo após a posse do governo que havia operado a Revolução de 1930.

De acordo com a historiadora Mônica Karawejczyk (2019) a luta feminina ganhou força por conta do movimento das sufragistas nas décadas de 1920 e 1930. Em 1932, elas conseguiram o direito ao voto na Constituição promulgada por Getúlio Vargas. A referida autora ensina:

O movimento sufragista surgiu como uma resposta direta à exclusão das mulheres da política, arena na qual as leis são feitas. Algumas mulheres passaram a acreditar que as muitas desigualdades legais, econômicas e educacionais – contra as quais se confrontavam – jamais seriam corrigidas enquanto os homens não tivessem que prestar contas a um eleitorado feminino. Assim, resolveram se unir para, juntas lutarem por seus direitos. O que distinguiu o movimento, em todas as partes que ocorreu, era que mulheres, de diferentes classes, raças, de graus de instrução e riqueza das mais diversas, se uniram em torno do mesmo objetivo, pois apesar das diferenças todas eram iguais na exclusão do mundo político. A conquista do voto era percebida por essas mulheres como um meio para atingir outros fins e não como um fim em si. Nesse sentido, o movimento sufragista brasileiro fez parte de um interesse específico das mulheres que como um grupo organizado, tinham uma demanda especial: o reconhecimento da sua cidadania através do direito de votar e serem votadas.

As mulheres são a maioria da população e no eleitorado brasileiro, mas na política ainda são minoria. Existe todo um caminho percorrido na trajetória da mulher na política brasileira desde a conquista do direito ao voto, à ocupação de cargos de chefia nos poderes do Estado.

Schuma Schumacher e Érico Vital Brazil (2003, p. 37) ensinam que em janeiro de 1929 Luiza Alzira Açoriano Teixeira foi eleita a primeira prefeita no Brasil e na América Latina. Ela assumiu a prefeitura de Lajes no Rio Grande do Norte com 60% (sessenta por cento) dos votos. Uma Lei Estadual de 1927 permitiu que as mulheres votassem e fossem votadas, mas no resto do país esse direito só foi conquistado em 1932 com o primeiro código eleitoral e colocado em prática no ano seguinte para a eleição da Assembleia Nacional Constituinte. A médica Carlota Pereira de Queiroz foi eleita a primeira Deputada Federal, mas naquela época o voto era permitido apenas para as mulheres que tinham uma profissão remunerada o que só mudou com o código de 1965 que está em vigor até hoje.

De uma forma ou de outra, as mulheres sempre estiverem presentes na história política do país, ainda que relegadas a um segundo plano. Marcelo Siqueira Ridenti (1990, p.1) ensina que a participação feminina na política nos idos dos anos 60 e 70 foi diferenciada uma vez que as mulheres influenciaram ativamente a cena política da época tanto para apoiar o regime militar de 1964, quanto para combatê-lo.

Schumacher e Brazil (2003, p. 36) acima citados pontuam:

Os avanços no campo social e a conquista dos direitos civis hoje vivenciados pelas mulheres são resultado do esforço individual e coletivo de milhares e milhares de brasileiras que, inconformadas com a sua condição, se rebelaram contra a situação estabelecida. Foram índias contra a violência imposta pelos colonizadores, negras contra a escravidão e brancas contra as limitações que as confinavam ao mundo provado.

Chegar a essa realidade não foi fácil. Foram anos de luta para que as mulheres conquistassem o direito de votar e de serem votadas. A historiadora Karawejczyk (2019) anteriormente referenciada chama atenção para a questão ainda muito latente desde os primórdios, e que infelizmente perdura no que diz respeito a constante tentativa de diminuição da figura feminina na sociedade como um todo e na política:

Desde antes da implantação da República, mulheres apareceram contestando o seu lugar no mundo público, sofrendo as mais variadas críticas e admoestações. A permanência e a insistência de um tipo de argumento baseado na incapacidade feminina para lidar com o mundo público e político é encontrado em vários momentos da nossa história. Piadas, charges, e zombarias das mais diversas eram utilizadas como uma forma de inibir/desacreditar/humilhar as mulheres que procuravam se inserir no espaço público e tiveram ampla difusão na imprensa do país [...] Assim, tentar mudar os costumes que restringem o papel feminino ao mundo doméstico, tornou-se uma das principais barreiras que deveriam ser vencidas por aquelas que desejavam participar das lides eleitorais.

Com a entrada em vigor da lei das eleições em 1997 as mulheres tiveram garantias de participação nas vagas dos partidos e coligações. A legislação eleitoral buscou assegurar a participação das mulheres na política de uma forma mais impositiva ao disponibilizar aos partidos a faculdade deles assegurarem a participação de 30% (trinta por cento) das mulheres no legislativo. Posteriormente em 2009, com a minirreforma eleitoral essa faculdade se tornou uma obrigatoriedade fazendo com que os partidos necessariamente ocupassem pelo menos 30% (trinta por cento) das suas candidaturas com mulheres.

Simone B. Bohn (2008) escreveu o artigo “Mulher para presidente do Brasil? Gênero, e política na perspectiva do eleitor brasileiro.” À época, Simone fez os seguintes questionamentos: “Até que ponto os eleitores brasileiros estão dispostos a aceitar que uma mulher seja eleita e assuma o posto de Presidente da República do Brasil? Em que medida apoiam o princípio da igualdade de gênero na esfera política formal?”. Dois anos depois, essas perguntas foram respondidas, pois em 2010, Dilma Roussef foi eleita a primeira mulher presidente da República, no Judiciário a ministra Ellen Gracie foi a primeira a ocupar a presidência do Supremo Tribunal Federal (STF) em 2006, em 2012 a ministra do STF Carmen Lúcia se tornou a primeira mulher a presidir o Tribunal Superior Eleitoral e também em 2012 pela primeira vez um tribunal superior teve a sua maioria ocupada por mulheres.

3 PARTICIPAÇÃO FEMININA NA POLÍTICA BRASILEIRA

Além do art. 5º da Constituição Federal de 1988 que diz que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]” existem leis no Brasil que buscam dirimir a desigualdade entre homens e mulheres que ocupam espaços de poder na política. Contudo, os meios sociais e políticos são reflexos da sociedade. Sociedade essa que é desigual da maneira que trata as mulheres e as levam a um ambiente público.

Luciana Panke e Sylvia Iasulaitis (2016, n.p.) fazem a seguinte colocação:

Ainda que vários países apliquem leis de quotas de gênero, a equidade por enquanto está longe de ser alcançada. O universo da política é, ainda eminentemente masculino. As fotos de encontros de lideranças políticas mundiais, por exemplo, atestam com fidedignidade tal quadro. E isso não se aplica somente em termos quantitativos, mas, sobretudo, qualitativos. É possível afirmar que as regras do jogo político são fundamentalmente masculinas.

Sempre existiu essa dicotomia entre o público e o privado, onde o público era reservado aos homens e o privado que envolvia as questões do lar, de se recatar, não se mostrar, de cuidar dos filhos era dedicado à mulher, então crescer nesses espaços públicos exponencialmente masculinos, tendo direito à voz e respeito torna quase impossível para a mulher adentrar nesses ambientes que historicamente lhe foram negados.

Novamente, Panke e Iasulaitis (2016, n.p.) já mencionadas fazem a seguinte observação:

Nos últimos anos, a América Latina vem se destacando por ter no governo de seus países representantes de esquerda e por eleger mulheres presidentes. Nesse quesito, nos deparamos com uma realidade que expõe a matriz cultural que também rege esses países: as relações assimétricas de gênero. Para as mulheres não é fácil destacar-se em um universo predominantemente masculino como é a política.

Para uma mulher conseguir respeito em um espaço dominado por homens é um processo que possui um peso cultural difícil e não se trata apenas de questão de força de vontade levando-se em consideração que existe toda uma cultura que privilegia o homem perante as decisões e posicionamentos políticos dentro da estrutura da sociedade social, política e economicamente organizada.

De acordo com Daniel Silveira (2018), em ranking de 190 países sobre presença feminina em parlamentos, o Brasil ocupava a 152ª posição. Esse dado foi divulgado dia 07 de março de 2018 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em parceria com a organização internacional Inter-Parliamentary Union (IPU) sediada na Suíça e que tem como objetivo mediar os contatos multilaterais dos países.

Embora haja lei de cotas para mulheres nos partidos e coligações ainda existe uma grande disparidade feminina na política em comparação ao número de homens.

Nas palavras de Silveira (2018):

Apesar de o Brasil ter legislação específica para garantir a presença feminina na política, o país amarga intensa desigualdade quanto à ocupação de cadeiras parlamentares pelas mulheres. Em um ranking de 190 países, o Brasil ocupa a 152ª posição em relação ao percentual de parlamentares homens e mulheres na Câmara dos Deputados.

A divulgação desses dados torna-se de extrema importância uma vez que a partir deles pode-se elaborar políticas públicas voltadas a garantir o maior acesso de mulheres aos espaços políticos de poder. Ainda de acordo com Silveira (2018):

O IBGE destacou que desde 1995 o Brasil possui legislação específica que prevê cotas eleitorais, reservando às mulheres um percentual mínimo de candidaturas nas eleições proporcionais. Somente em 2009, no entanto, essas cotas se tornaram obrigatórias. Pela lei, deve haver no mínimo 30% e no máximo 70% de candidaturas de cada sexo, para cada partido ou coligação partidária. A legislação rege as candidaturas e é cumprida. Todavia, ela não se reflete no resultado das eleições.

Como foi dito anteriormente, o Brasil ocupa hoje, as últimas posições no ranking mundial de igualdade no parlamento feito com mais de 190 países e mesmo com o aumento

de deputadas eleitas o Brasil não se aproxima ainda de países como Argentina, Afeganistão e Estados Unidos.

De acordo como matéria de O Globo, publicada em 28 de janeiro de 2018 até mesmo os Estados Unidos apresentam uma baixa representatividade feminina no parlamento. A seguir seguem os dados apresentados:

Dados do Banco Mundial e do Inter-Parliamentary Union mostram que os Estados Unidos estão na 99ª posição em participação feminina no Legislativo, em uma lista de 187 nações. Apenas 19,4% dos membros da Câmara dos Representantes são mulheres, patamar inferior à maioria das nações europeias e muitos países latinos (México, incluído) e muçulmanos (como Arábia Saudita e Emirados Árabes). O peso feminino é inferior até mesmo a muitos “países de merda” supostamente citados por Trump em uma negociação parlamentar, como El Salvador e diversas nações africanas – embora ainda fique acima do Brasil na 157ª posição com 10,7% e do Japão e Coreia do Sul.

Os desafios não param para ninguém, mas não param muito mais para quem é mulher, mãe, avó, para mulheres negras etc. São muitos os obstáculos enfrentados pelas mulheres, caminhos longos que são percorridos com determinação e coragem.

Para Claudia Maria Finamore e João Eduardo Coin de Carvalho (2006, n.p.) as diferenças de gênero na questão política acabam influenciando na forma como homens e mulheres irão lidar com a coisa pública, uma vez que a educação de meninos e meninas é dada de forma diferenciada.

Finamore e Carvalho (2006, n.p.) entendem a questão da seguinte forma:

Os estudos sobre a participação da política das mulheres e a maneira como elas têm sido representadas pelos meios de comunicação e pelos eleitores oferecem algumas pistas para se entender as dificuldades envolvidas em uma participação política feminina mais efetiva. [...] já que as mulheres teriam uma agenda política e um trato com a *res* pública claramente diferenciados daqueles tipicamente masculinos. Mulheres ocupando cargos públicos legislativos, por exemplo, têm sistematicamente dirigido seus interesses para temas feministas, formando frentes de defesa das mulheres, seja em relação à violência contra a mulher, direitos reprodutivos ou saúde da mulher.

A identidade de quem governa tem efeitos enormes sobre os tipos de políticas públicas que são implementadas. A eleição de políticas mulheres não muda apenas o tipo de gasto público, mas também gera efeitos significativos sobre os resultados de saúde e educação. Pesquisadores descobriram que em assembleias estaduais que elegeram mais mulheres há uma diminuição significativa das taxas de mortalidade infantil neonatal e, além disso, localidades que elegem mais mulheres tem uma maior proporção de crianças que terminam o ensino fundamental. Daí a importância de cada vez mais mulheres ocuparem espaços públicos de poder, daí a importância da tão falada “representatividade”.

4 DESAFIOS PARA AMPLIAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO FEMININA NA POLÍTICA BRASILEIRA

Clara Araújo (2014, n.p.) ensina que “a partir dos anos 1990 muitos países adotaram uma política afirmativa na esfera institucional visando a alterações na presença feminina nos espaços decisórios”.

Para Daniela Leandro Rezende (2017) a adoção de políticas públicas voltadas para a questão da inserção da mulher nos espaços de poder, como as cotas de gênero e reservas de

recursos do fundo partidário para o estímulo a participação das mulheres na política ainda não são suficientes para garantir o aumento da representatividade feminina nos espaços políticos majoritariamente ocupados por homens. Exemplo disso é o baixo índice de mulheres eleitas em qualquer pleito eleitoral dos últimos anos, mesmo após a criação de mecanismos de ações afirmativas que visaram à inserção de cada vez mais mulheres na vida política.

Para Paiva, Souza e Lopes (2004, p. 370-371 *apud* Panke; Iasulaitis 2016, n.p) tal fato é de simples explicação:

É evidente que existem diversas variáveis intervenientes que influenciam a atuação das mulheres na política, tanto ligadas ao arranjo político-institucional quanto à cultura política, em uma relação de fortalecimento recíproco. A sub-representação feminina não é um fenômeno unicasual.

Em que pesem todas as ações e políticas públicas que visam à inserção das mulheres na política, Rezende (2017) anteriormente mencionada faz a seguinte observação:

[...] é importante destacar que permanece o desafio de eleger mais mulheres, mas não se pode esquecer que esse se articula à necessidade de garantir que às mulheres já eleitas sejam assegurados recursos políticos que potencializem mudanças em direção à maior representação de mulheres, garantindo sua presença em todas as instâncias da política institucional.

Falta uma motivação maior para as mulheres se candidatarem, talvez no âmbito partidário não exista esse estímulo para as mulheres atuarem dentro da vida partidária e posteriormente se lançarem como candidatas e isso acaba refletindo no próprio Congresso Nacional onde a participação feminina, embora hoje em dia esteja maior do que nunca, ainda assim, é em um número bastante aquém do esperado. Aparentemente, um dos grandes desafios para o aumento da participação feminina na política perpassa pela implementação de políticas públicas que incentivem as mulheres a ocuparem espaços públicos.

Jussara Reis Prá (2014, n.p.) pontua:

Nomeadamente, desde a luta pelo direito ao voto, as organizações feministas e de mulheres seguem partilhando experiências de mobilização nacional, regional e internacional. Por esses caminhos as mulheres ampliam seus espaços de participação e qualificam os conteúdos da agenda pública com o debate e a prática da democracia partidária. Por conseguinte, na medida em que as mulheres questionam os princípios da democracia moderna e os déficits de seus direitos políticos abrem um amplo campo de ação política.

No Brasil o eleitorado de mulheres é maior do que o masculino e, no entanto a representação político partidária da sociedade é feita pelos homens.

Para Araújo (2016, n.p.) medidas de ações afirmativas na política podem jogar um papel relevante para estimular à participação das mulheres na política.

É necessário tempo de televisão, recursos, proteção, sobretudo para as mulheres que estão na linha de frente tratando de questões extremamente sérias como tráfico, violência, insegurança justamente nas áreas onde as pessoas estão mais vulneráveis.

A representação feminina no Congresso Nacional, por exemplo, continua não sendo de responsabilidade, pois as mulheres continuam sendo chamadas para a política apenas para cumprir uma cota, uma meta. As reais chances ainda não estão sendo dadas. Algumas mulheres no Congresso são esposas, mães, filhas de algum político de renome. A representação feminina é difícil, mas existe e através das políticas públicas de incentivo, a tendência é melhorar.

O jornalista Jamil Chade (2015), em artigo publicado no jornal O Estadão de São Paulo apontava que o Brasil tinha menos mulheres no Legislativo que o Oriente Médio. Chade faz a seguinte observação:

Também estão em posição melhor que o Brasil diversos países de maioria muçulmana onde, segundo ONGs como Anistia Internacional, a situação da mulher nem sempre é de igualdade de condições com os homens e onde violações aos direitos humanos são frequentes.

É sabido que pouca coisa mudou de lá para cá. Segundo Chade (2015), dados divulgados pela UIP davam conta que o Brasil possuía uma das menores taxas do mundo em número de mulheres dentro do Congresso Nacional.

O objetivo da divulgação desses dados era justamente chamar atenção para que os países promovessem uma participação maior das mulheres na política.

É necessário um conjunto de medidas e não apenas uma só, uma vez que acaba não surtindo o efeito esperado e até mesmo pode minar os benefícios que com muito esforço foram alcançados.

As mulheres precisam ter voz, respeito. Aliás, a mulher faz política econômica, em casa, nas relações, no trabalho e em todos os lugares.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O primeiro passo das mulheres na política brasileira ocorreu em 1932. Nesse ano elas conquistaram o direito ao voto e o poder de se candidatar a um cargo político. Em 1933, a primeira deputada federal brasileira se elegeu, em 1979 a primeira Senadora foi eleita e em 2010 o Brasil integrou a lista dos seis países da América Latina a eleger uma mulher para a presidência da República. Mesmo depois de mais de oito décadas de uma conquista histórica a presença de mulheres no Congresso Nacional e no poder executivo ainda é bem pequena. Depois de anos de luta, as mulheres alcançaram a presidência da República, plenários de Tribunais Superiores, ministérios etc. Não se pode comparar a situação da mulher de hoje com a de anos atrás, mas para uma sociedade mais justa e igualitária, muita coisa ainda precisa mudar. O palácio do planalto foi uma conquista imensa, mas o caminho das mulheres rumo à igualdade ainda é longo. O número de deputadas federais aumentou e o de mulheres candidatas quase dobrou, mas ainda assim, a representatividade feminina na política ainda é baixa.

Quando as mulheres conseguirem que o que está previsto nas políticas afirmativas seja inserido na sociedade como um todo, pensando em conselhos de classe, representações de categorias e representações sindicais, por exemplo, ambientes ainda muito dominados pelos homens será possível atestar os efeitos práticos destas políticas públicas voltadas para o gênero feminino que objetivam o aumento da participação das mulheres na política. Sendo essa inserção muito importante e ocorrendo de modo gradual, existe a necessidade de que isso se permeie na sociedade e em todas as instituições.

Desde quando a primeira mulher votou as conquistas femininas no processo eleitoral nunca ocorreram de uma hora para outra. Na realidade essa inserção da mulher na vida política de certa forma é um reflexo da luta das mulheres para serem inseridas em mercados e espaços que tradicionalmente eram vetados a elas. Existem marcos e avanços, mas essas conquistas não foram automáticas e dependem de atuações constantes através de ações políticas afirmativas voltadas ao aumento da participação política das mulheres.

Se de fato é ilógico imaginar uma pessoa que não tenha nenhuma deficiência física falando sobre as dificuldades que ela nunca enfrentou para uma plateia de pessoas especiais ou uma pessoa branca falando para uma plateia negra sobre racismo emitindo opiniões sobre algo que ele/ela claramente nunca sentiu na pele, torna-se igualmente ilógico permitir que apenas homens legislem sobre questões e políticas públicas voltadas para mulheres.

Como confiar as questões que versam sobre desigualdade de gênero, sobre minorias, para opinar no lugar de fala da mulher sobre direito da mulher de ir e vir sem ser estuprada na rua, sobre aborto, sobre direito de não serem assediadas, sobre objetificação do corpo feminino a um grupo de homens, sendo em sua grande maioria ricos ou de classe média, privilegiados que nunca precisaram se preocupar com minorias porque nunca vivenciaram essas dificuldades de fato?

A voz da mulher precisa ser ouvida e exposta dentro de uma demanda que era negligenciada antigamente. Política não é uma demanda apenas de homens. A mulher precisa lutar pelo seu espaço para construir uma sociedade mais segura, e igualitária para si mesma, suas mães, filhas e netas.

O descompasso entre mulheres candidatas políticas efetivamente eleitas pode ser atribuído à falta de apoio material a essas mulheres em que pese a legislação e a política de cotas dentro dos próprios partidos políticos e também ao fato de candidatos que já são parlamentares obterem uma taxa de sucesso maior em suas recandidaturas.

A participação feminina na política faz toda a diferença porque o olhar sensível e da determinação que a mulher tem em qualquer área seja na saúde, na educação, no meio ambiente, na assistência social, enfim, em todas as áreas é determinante para que ocorram transformações sociais.

Uma das críticas que fazemos à cota para mulheres na política, embora entendamos que como primeiro passo rumo à diminuição do abismo entre a participação masculina e feminina seja absolutamente necessária é o fato de que algumas distorções foram geradas em virtude desta lei, pois existe um número alto de mulheres que chegam a se candidatar, mas não recebem um único voto, nem mesmo delas mesmas. Isso faz com que os partidos corram atrás de mulheres para cumprirem a lei fazendo com que burlem o sistema apresentando candidaturas falsas ou “laranjas” para poder cumprir a cota partidária. Essa é uma das reações negativas possíveis. Entendemos que a lei de cotas atua na consequência, no efeito e não na causa do problema que vem antes. Os partidos cravam o mínimo de 30% (trinta por cento) de mulheres candidatas, uma vez que a lei os obriga, mas a cota ainda não se converteu em votos e em mulheres efetivamente eleitas para cargos políticos.

As mulheres não precisam e não devem se candidatar apenas para cumprir cotas, e sim para participar e promover mudanças no cenário político, econômico e social. A mulher faz diferença, tem capacidade de modificar as coisas. As mulheres sabem, podem e são capazes.

A participação feminina na política é importante, pois é necessário que mulheres atuem e falem por mulheres e para mulheres. É preciso que as instituições olhem e apoiem as mulheres na política afinal elas precisam representar a maioria de eleitores do país, mas não apenas isso, a presença feminina no campo da política traz benefícios para toda a população, além de trazer igualdade de gênero, algo essencial na sociedade atual. Com a liderança feminina na política as mulheres se tornam mais engajadas nas discussões cívicas, e mais, as minorias são mais propensas a denunciarem os crimes cometidos contra elas e o nível educacional das adolescentes, bem como suas aspirações de carreira aumentam, construindo-se um campo fértil para maior igualdade de gênero.

A participação das mulheres nos espaços de poder seja no Congresso, Assembleias ou Câmaras municipais são muito poucas. A igualdade de gênero e a ampliação da participação das

mulheres nos espaços institucionais de poder apresentam um grande desafio. Enfrenta-se uma grande dificuldade que é a de se viver em uma sociedade machista, muito violenta ainda com relação às mulheres e que reproduz no imaginário popular que a política não é “coisa de mulher” e isso acaba tendo impacto negativo até mesmo na disposição das mulheres de participarem ativamente de campanhas eleitorais, de partidos, de poderem serem realmente competitivas em um processo eleitoral. Esse problema precisa ser enfrentado em várias dimensões, não só dentro do parlamento fazendo o debate público sobre a importância da representatividade das mulheres e também nas políticas públicas.

É importante ressaltar que a luta por ocupação das mulheres dos espaços de poder deve ser travada não apenas nos espaços de poder institucionais, pois uma luta atrai a outra e é preciso mais mulheres representadas de forma positiva na mídia, uma vez que a mídia tradicional contribui com a reprodução da cultura machista, é necessário mais mulheres no judiciário, na educação, dentro de casa etc. A luta exige uma transformação mais profunda de valores, de comportamento, da forma como a sociedade enxerga a vida e as próprias mulheres. É necessário se convencer a mulheres e homens de que a política é um lugar de todos. É necessário que a sociedade debata essa questão. As mulheres inclusive precisam acreditar mais na sua força política, competência, vontade de ajudar a transformar e de acabar com as desigualdades. Uma vez que as mulheres são 52% (cinquenta e dois por cento) da população segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia Estatística (IBGE) ao não interferirem na política, elas estarão abrindo mão de interferir no destino delas e dos próprios filhos.

A mulher pode e deve ocupar todos os espaços, ela pode estar onde ela quiser e a presença da mulher na política expressa a maturidade da democracia de uma sociedade. Cada vez mais a mulher está conseguindo o seu espaço. A mulher é multifacetada, pode ser mãe, esposa, dona de casa e presidente da República, se assim o desejar.

A mulher demorou a conquistar o direito ao voto, à expressão, suas vontades e seus espaços. Obviamente quando uma mulher conquista um espaço de destaque na sociedade, existe a cobrança dessa mesma sociedade em cima dessa mulher que além de lidar com isso, precisa lidar como sua própria autoexigência. Existe o medo de errar, de falhar, de não corresponder. Existe uma angústia, ansiedade, exigência e perfeccionismo. Mas a inserção das mulheres na política é um processo. Quanto mais mulheres assumirem esses espaços e quanto mais a sociedade se permitir ser menos preconceituosa essa ocupação de espaços políticos e de poder se fortalecerão e se tornarão naturais e serão um desdobramento comum, uma evolução natural da sociedade moderna.

Aproximar o número de representantes mulheres ao de homens na política é mais do que defender o direito das minorias, é garantir o pleno exercício da democracia.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Clara. Valores e desigualdade de gênero: Mediações entre participação política e representação democrática. *Civitas, Rev. Ciênc. Soc.*, Porto Alegre, v. 16, n. 2, e36, June 2016. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-60892016000200008&lng=en&nrm=iso>. access on 04 Jan. 2020. <http://dx.doi.org/10.15448/1984-7289.2016.2.23143>.

BOHN, Simone R.. Mulher para presidente do Brasil? Gênero e política na perspectiva do eleitor brasileiro. *Opin. Publica*, Campinas, v. 14, n. 2, p. 352-379, Nov. 2008. Available from

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762008000200004&lng=en&nrm=iso>. access on 04 Jan. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-62762008000200004>.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. São Paulo: Rideel, 2018.

BRASIL. Lei Nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm. Acesso em 01 dez. 2019.

CHADE, Jamil. Brasil tem menos mulheres no Legislativo que Oriente Médio. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-tem-menos-mulheres-no-legislativo-que-oriente-medio,1645699>. Acesso em: 04 jan. 2020.

FINAMORE, Claudia Maria; CARVALHO, João Eduardo Coin de. Mulheres candidatas: relações entre gênero, mídia e discurso. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 347-362, Sept. 2006. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2006000200002&lng=en&nrm=iso>. access on 04 Jan. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-026X2006000200002>.

FRACCARO, Glaucia Cristina Candian. Uma história social do feminismo: diálogos de um campo político brasileiro (1917-1937). **Estud. hist. (Rio J.)**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 63, p. 7-26, Apr. 2018. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21862018000100007&lng=en&nrm=iso>. access on 04 Jan. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/s2178-14942018000100002>.

KARAWEJCZYK, Mônica. O voto feminino no Brasil. Disponível em: <http://querepublicaessa.an.gov.br/temas/147-0-voto-feminino-no-brasil.html>. Acesso em 03 jan, 2020.

O Globo. Confira como é a participação mundial de mulheres nos parlamentos. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/confira-como-a-participacao-mundial-de-mulheres-nos-parlamentos-22337957>. Acesso em: 05 jan, 2020.

PANKE, Luciana; IASULAITIS, Sylvia. Mulheres no poder: aspectos sobre o discurso feminino nas campanhas eleitorais. **Opin. Publica**, Campinas, v. 22, n. 2, p. 385-417, Aug. 2016. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762016000200385&lng=en&nrm=iso>. access on 14 Jan. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/1807-01912016222385>.

PINTO, Céli Regina Jardim. Elas não ficaram em casa. As primeiras mulheres deputadas na década de 1950 no Brasil. **Varia hist.**, Belo Horizonte, v. 33, n. 62, p. 459-490, Aug. 2017. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-87752017000200459&lng=en&nrm=iso>. access on 04 Jan. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/0104-87752017000200008>.

PRA, Jussara Reis. Mulheres, direitos políticos, gênero e feminismo. **Cad. Pagu**, Campinas, n. 43, p. 169-196, Dec. 2014. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332014000200169&lng=en&nrm=iso>. access on 15 Jan. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/0104-8333201400430169>.

REZENDE, Daniela Leandro. Desafios à representação política de mulheres na Câmara dos Deputados. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 25, n. 3, p. 1199-1218, Dec. 2017. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So104-026X2017000301199&lng=en&nrm=iso>. access on 05 Jan. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/1806-9584.2017v25n3prezende>.

RIDENTI, Marcelo Siqueira. AS MULHERES NA POLÍTICA BRASILEIRA: OS ANOS DE CHUMBO. **Tempo soc.**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 113-128, Dec. 1990. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So103-20701990000200113&lng=en&nrm=iso>. access on 04 Jan. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/ts.v2i2.84806>.

SCHUMAHER, Schuma, BRAZIL, Érico Vital. **Um rio de mulheres: A participação das fluminenses na história do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, Redeh, 2003.

SILVEIRA, DANIEL. Em ranking de 190 países sobre presença feminina em parlamentos, Brasil ocupa 152ª posição. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/em-ranking-de-190-paises-sobre-presenca-feminina-em-parlamentos-brasil-ocupa-a-152-posicao.ghtml>. Acesso em: 12 jan, 2020.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O MITO DA DEMOCRACIA DIGITAL NO BRASIL

TASSIA TEIXEIRA DE FREITAS BIANCO ERBANO CAVALLI

CHARLES EMANUEL PARCHEN

CINTHIA OBLADEN DE ALMENDRA FREITAS

O MITO DA DEMOCRACIA DIGITAL NO BRASIL

THE MYTH OF DIGITAL DEMOCRACY IN BRAZIL

Recebido: 30/09/2020
Aprovado: 19/05/2021

Tassia Teixeira de Freitas Bianco Erbano Cavalli¹
Charles Emanuel Parchen²
Cinthia Obladen de Almendra Freitas³

RESUMO:

O debate político ocorre em diversos meios, incluindo redes sociais, as quais, por meio da utilização de algoritmos, alcançam inúmeras pessoas, o que causa profundas mudanças na democracia representativa. Com o uso das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC's), surge um cidadão que se manifesta na Internet e as redes sociais surgem como meios que instrumentalizam novas possibilidades. A partir dessa movimentação na Internet o cidadão conectado exerce a chamada democracia digital. Necessário analisar se a tecnologia de fato expande as liberdades dos indivíduos e o desenvolvimento dos países baseados na democracia ou será apenas um mito, modificando o espaço das manipulações. O artigo analisa se de fato está-se diante de uma nova possibilidade ou se os cidadãos estão sendo apenas utilizados como fonte de dados, induzidos a reproduzir conteúdo. O trabalho de pesquisa seguiu o método dedutivo, passando pela fase exploratória, abordando a formação de uma democracia no espaço digital, de modo que as TIC's transformaram de maneira significativa a participação do cidadão na vida política e democrática. A Internet deve proporcionar transparência e participação popular, num ambiente propício ao debate público, neutro e seguro. Caso contrário, está-se diante apenas de uma nova ferramenta de manipulação do cidadão.

Palavras-chave: Tecnologia da informação e Comunicação. Democracia Digital. Sociedades em Rede. Manipulação de Informação. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT:

Political debate takes place in many kinds of medias, including social networks, which, through the use of algorithms, reach countless people, causing profound changes in representative democracy. With the use of Information and Communication Technology, a citizen emerges manifesting itself on the Internet and social networks emerge as means that instrumentalize new possibilities. From this movement on the Internet the connected citizen exercises the so-called digital democracy. It is necessary to analyze whether technology actually expands the freedoms of individuals and the development of countries based on democracy or if is just a myth, modifying the space of manipulation. The article analyzes whether it is in fact a new possibility or whether

¹ Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), área de concentração: Direito Socioambiental e Sustentabilidade. Mestre em Direito pela PUCPR, advogada e professora universitária. Bolsista PUCPR. Email: tassia_erbano@yahoo.com.br

² Doutorando em Direito PUCPR, área de concentração: Direito Socioambiental e Sustentabilidade. Mestre em Direito pela PUCPR, advogado, professor dos Cursos de Direito e de Administração de Empresas do Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba (Curitiba-PR) e do Curso de Direito da Faculdade Santa Cruz (Curitiba-PR). Bolsista CAPES. Email: charlesadv@gmail.com

³ Doutora em Informática pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora Titular da PUCPR da Escola de Direito. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental da PUCPR (Curitiba/PR-Brasil). Membro Consultivo da Comissão de Inovação e Gestão da OAB-PR. Email: cinthia.freitas@pucpr.br

citizens are only being used as a data source, induced to reproduce content. The research work followed the deductive method, going through the exploratory phase, addressing the formation of a democracy in the digital space, so that ICTs significantly transformed citizen participation in political and democratic life. The Internet must provide transparency and popular participation in an environment that is conducive to public, neutral and secure debate. Otherwise, it is just a new tool for manipulating the citizen.

Keywords: Information Technology and Communication. Digital Democracy. Networking Societies. Information Manipulation. Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

As tecnologias surgem com o propósito de facilitar a vida de todos. Sendo o ser humano facilmente adaptável às facilidades, recebe muito bem qualquer conforto advindo das TIC's (Tecnologias da Informação e Comunicação). Tais tecnologias possibilitaram a criação de redes sociais em que se propagam notícias e posicionamentos de seus usuários, fazendo surgir um novo sujeito "político-tecnosocial" (PAMPLONA; FREITAS, 2015, p. 99-101), o qual tem acesso a informação veiculada digitalmente e vontade de participar do debate público e das decisões públicas.

Assim, num primeiro vislumbra-se um outro ambiente para discussões, debates e expansão de liberdades, sem limites de espaço, tempo ou distâncias. Porém, as redes sociais não são um espaço de debates, mas sim de propagação de voz dos usuários sem realmente existir ouvinte. Ou seja, fala-se muito, ouve-se pouco. Eis aqui o cenário de fundo da discussão do artigo.

Bauman (2000, p. 11), analisando "em busca do espaço público", faz uma análise bastante interessante acerca dos motivos que levam as pessoas às ruas em manifestações, como se mesmo sem conhecer profundamente dos fatos, possuem a vontade de fazer algo a respeito. E não apenas fazer, mas para que outros também vejam seus atos, como uma sensação de motivação comunitária.

Enquanto isso acontece, tem-se o favorecimento da personalização, com algoritmos e sensores que recolhem novos sinais pessoais e fluxos de dados de cada usuário da Internet. Questiona-se: será a tecnologia, coligada ao conhecimento e propagação de informações, uma aliada na expansão das liberdades dos indivíduos e desenvolvimento dos países baseados na democracia ou será apenas um mito, modificando somente o espaço das discussões e manipulações, sem sanar antigos problemas da sociedade? E, ainda, tendo como realidade brasileira o não acesso por todos à rede mundial de computadores, seria essa uma barreira para a concretização da democracia digital? Incluir todos no debate e na formação dessa democracia na era da globalização e novas tecnologias é fundamental. Mas será isto suficiente?

Cada busca realizada ou cada notícia no *feed* dos usuários gera uma nova experiência que leva a algo, seja um site, novas informações sobre alguém, notícias, produtos, serviços, entre outros. Porém, se manipuladas as informações, ao buscar uma informação, o usuário pode ser direcionado a um espaço que não é de sua escolha. E, sendo esse algo, diferente do interesse do usuário, tem-se um problema.

Evidentemente, as novas tecnologias permitem a comunicação instantânea e em tempo real, o que, para Castells (2007, p.186), por exemplo, representa uma oportunidade para materializar o sonho da democracia. Mas para outros, como Hindman (2009, p. 141), dificulta a necessária reflexão sobre os processos políticos nas sociedades modernas, as quais

se caracterizam pela existência de inúmeros interesses e complexidades que exigem debates públicos aprofundados e períodos de reflexão.

Neste contexto, o artigo analisa a democracia digital, suas características e manipulações existentes, as quais devem ser motivo de atenção por parte do cidadão e até mesmo dos governantes. Para isto, primeiro são realizados apontamentos sobre a formação da democracia digital, posteriormente são analisados problemas não resolvidos em que pese novas tecnologias acerca da participação política e, por fim, apresenta-se o desafio moderno relacionado a democracia e ao meio ambiente digital, uma vez que as redes sociais utilizam dados dos usuários e divulgam notícias de acordo com cada perfil, porém nem sempre com a livre ciência desses, gerando comportamentos e os levando a caminhos diferentes do que, de forma livre, teriam escolhidos após reflexão.

O artigo é resultado de projeto de pesquisa e seguiu o método dedutivo, utilizando-se técnica bibliográfica, visando demonstrar que as TIC's podem ser grandes aliadas, se bem utilizadas, a fim de concretizar a democracia representativa no espaço digital, que não é um novo espaço, mas seu uso para exercitar a democracia é algo recente e amplia possibilidades de participação nas sociedades que é informacional e tecnológica. O cenário contempla, que se não forem observados pontos importantes dos processos e tecnologias que permeiam o espaço digital, ao invés de se alcançar a concretização da democracia e expansão de liberdades, ocorrerá apenas comportamentos manipulados para interesse de quem detém poder para uso dos dados dos usuários. A pesquisa tem caráter exploratório e descritivo.

2 FORMAÇÃO DA DEMOCRACIA DIGITAL

Antes de adentrar ao tema Democracia Digital, faz-se necessária a análise dos aspectos que permeiam e garantem a democracia. O fundamento de toda autoridade reside na coletividade de cidadãos que, estando representados não têm a responsabilidade direta da gestão dos negócios públicos. A democracia representativa é, então, um sistema de governo que tende a incluir a liberdade na relação política “de maneira tal que, fundada sobre a adesão daqueles que lhe são submissos, ela permanece compatível com a liberdade deles” (CHEVALLIER, 2009, p. 184-185). Porém, os representantes eleitos pelo povo é que são encarregados de agir e decidir em seu nome.

A democracia deve ser vista como garantia de discussão e debate, para que os processos de geração de escolhas sejam bem fundamentados e refletidos. “Esses processos são cruciais para a formação de valores e prioridades, e não podemos, em geral, tomar as preferências como dadas independentemente de discussão pública” (SEN, 2000, p. 180-181).

O termo democracia, defendido por Carlos Santiago Nino (2007, p. 187), aduz que ao passo que se entende como necessário o papel individual no processo de tomada de decisões, não se pode esquecer que se trata de um processo, e como tal, está sujeito às opiniões entre os indivíduos participantes, a fim de satisfazer a maior parcela de indivíduos possível, não se esquecendo de que por vezes a vontade de uma maioria pode infringir questões estabelecidas na Constituição que garante o espaço para diversidade.

Para Robert Dahl a democracia é a melhor opção, já que a democracia evita a tirania, garantindo aos cidadãos direitos essenciais, bem como a liberdade pessoal. Além disso, a democracia leva à autodeterminação e autonomia moral, promovendo o desenvolvimento humano e igualdade política, buscando paz e prosperidade (DAHL, 2011, p. 61-71).

Assim, Dahl institui critérios para o processo democrático, aduzindo que, dentre outras questões, a constituição deve estabelecer as regras e princípios que determinarão como serão

tomadas as decisões. Além disso, o governo do Estado deverá considerar, todos os membros da comunidade, como politicamente iguais, ou seja, estes devem ser tratados como se estivessem igualmente qualificados para participar do processo de tomada de decisão (DAHL, 2011, p. 47-49).

Com exercício da democracia, cidadãos usufruindo direitos e cumprindo com seus deveres, a liberdade será garantida, de modo mais amplo do que em qualquer outra forma de governo. A democracia representativa é uma ferramenta poderosa de legitimação das ações do governo. A democracia é um bem inquestionável (HIRST, 1992, p. 30).

Com relação à Democracia Digital, percebe-se que o surgimento e criação de novas formas de comunicação lançaram a democracia num espaço de participação inclusiva, nunca antes vista. O cidadão é, ainda que em sua rede social, um ator participativo com sua opinião sendo, diretamente, influenciador e influenciado nesse sistema.

A sociedade está conectada via rede mundial de computadores, a Internet, permitindo a troca de informações de uma maneira que atinge a qualquer um “conectado” no globo terrestre. Está-se diante de uma sociedade voltada à velocidade, acessibilidade, disponibilidade e mobilidade, “visto que foi atingido, por tal sociedade, um estágio de desenvolvimento caracterizado pela capacidade de obter e compartilhar qualquer informação instantaneamente” (PAMPLONA; FREITAS, 2015, p. 92).

Neste contexto, vivencia-se o paradigma atual denominado *everyware* (GREENFIELD, 2006)⁴, visto que o cidadão está conectado a partir de qualquer lugar em razão da mobilidade das TIC's e sua relação com a Democracia Digital.

Nessa realidade, advinda graças às TIC's, surge um indivíduo que se apresenta político nas redes sociais, estabelecendo uma relação entre três elementos básicos, quais sejam: “a política, a tecnologia e as redes sociais” (PAMPLONA; FREITAS, 2015, p. 94). Com esses elementos, tem-se uma relação cada vez mais “presente nos mais variados e numerosos lugares do mundo quando comparados aos métodos convencionais (monitor, teclado, *mouse*)” (PAMPLONA; FREITAS, 2015, p. 94), por isso, “em todo lugar”.

Foi com o surgimento da Internet se que criou um espaço digital sem fronteiras, em que circulam milhares de informações veiculadas na rede de computadores e a Internet se estabeleceu como um meio para toda e qualquer modalidade de ação das pessoas.

Além disto, cabe destacar que ao se comunicar por meio da Internet, inclusive por meio das redes sociais, as conexões entre usuários são exponenciais devido à característica técnica de que a partir de um usuário derivam-se novas conexões. Assim, todos os que estão interligados ao usuário que também possui outros contatos, fazem com que tudo que é postado seja rapidamente espalhado (FREITAS, 2015, p. 80).

Aqui tem-se a confluência de duas redes: a Internet e as redes sociais. A estrutura da rede social é o elemento “cuja principal característica é a exposição pública da rede dos atores, que permite mais facilmente divisar a diferença entre esse tipo de site e outras formas de comunicação mediada pelo computador” (RECUERO, 2009, p. 121). Segundo Castells (1999, p. 498), as redes são “um conjunto de nós interconectados. Nó é o ponto no qual uma curva se entrecorta. Concretamente, o que um nó é depende do tipo de redes concretas de que falamos”. Ou seja, são padrões de contato criados pelo fluxo de mensagens entre usuários no tempo e no espaço, tornando as formas organizacionais mais eficientes como resultado das características inerentes à rede, quais sejam: flexibilidade, escalabilidade e sobrevivência.

4 No paradigma *everyware*, todas as informações que procuramos agora para nossos telefones ou navegadores da Web se tornam acessíveis de praticamente qualquer lugar, a qualquer momento e são entregues de maneira apropriada à nossa localização e contexto. Texto original: “In *everyware*, all the information we now look to our phones or Web browsers to provide becomes accessible from just about anywhere, at any time, and is delivered in a manner appropriate to our location and context”.

Em um contexto de crescimento das TIC's relacionadas ao desenvolvimento dos computadores e da consequente reestruturação dos limites de espaço e de tempo e, ainda, da criação de novos locais de debates, logo surgiram temas ligados à democracia em ambientes digitais.

Tendo em vista que na sociedade informacional tudo o que é feito pelo usuário pode e é compartilhado, nas redes sociais de modo que tudo que se refere a cada indivíduo também se refere ao ciberespaço, visto que a sociabilidade se realiza neste espaço sem fronteiras ou demarcações.

Atualmente, o debate político e até mesmo estratégias políticas ocorrem em mídias de comunicação que alcançam as grandes massas.

Um exemplo no Brasil aconteceu quando dos movimentos⁵ originados na Internet, em 2013 e 2015, que culminaram, dentre outros motivos, no Impeachment da Presidente da República Dilma Russef. Nas ruas era possível ver inúmeras causas sendo levantadas sem conexão direta entre elas, mas os participantes tinham algo em comum: haviam recebidos em seus *feeds* nas redes sociais convites sobre o evento, conforme perfil de cada usuário.

O ápice de tal movimento aludido ocorreu no dia 17 de junho de 2013, em que foram registradas inúmeras manifestações populares com adesão de milhares de participantes em grandes cidades brasileiras (MPL)⁶. No Brasil, foram contabilizadas 353 cidades envolvidas com as manifestações, advindas, sua organização, do *Facebook* e *Twitter*, utilizados intensamente para articular os protestos, divulgando hora e local com “*hashtags*” (etiquetas de postagens pelos usuários para facilitar a busca).

Mesmo diante das manifestações, após as eleições, diversas cadeiras políticas permaneceram intactas. Após a consolidação do resultado, as redes sociais foram novamente fomentadas.⁷ Dia 15 de março de 2015, milhões de pessoas foram às ruas. Necessário destacar que o grupo em questão não era homogêneo nas suas pautas e, entre outros fatores que influenciaram a manifestação, existiam pedidos de investigação da corrupção.

As redes sociais foram fundamentais para a convocação de milhares de pessoas à manifestação. Tal fato é uma prova das mudanças radicais que a Internet pode produzir. Percebeu-se uma organização de movimentos de massa sem estarem necessariamente vinculados previamente aos manifestantes, seja mediante associações, sindicatos ou partidos políticos.

De qualquer forma, dentro das premissas elencadas como necessárias para a consolidação de um modelo democrático baseado nas facilidades decorrentes da rede mundial de computadores, tem-se que atualmente a democracia digital é uma possibilidade que deve ser seriamente avaliada.

É necessário, para existir uma verdadeira democracia no mundo digital, que haja não apenas o acesso à informação, mas a sua efetiva democratização e uso sem influências que possam manipular a vontade dos usuários. Sem isto, não se está diante de uma democracia verdadeira, ainda que no âmbito digital.

5 À guisa de exemplo, o ápice do movimento acima aludido ocorreu no dia 17 de junho de 2013, em que foram registradas inúmeras manifestações populares com adesão de milhares de participantes em grandes cidades brasileiras. No Brasil, foram contabilizadas 353 cidades envolvidas com as manifestações, advindas, sua organização, do *Facebook* e *Twitter*, utilizados intensamente para articular os protestos, divulgando hora e local com “*hashtags*” (etiquetas de postagens pelos usuários para facilitar a busca). Mesmo diante das manifestações, após as eleições, em segundo turno, Dilma Rouseff foi reeleita. Após a consolidação do resultado, as redes sociais foram novamente fomentadas, para fins de organizar uma grande mobilização nacional contra a presidente reeleita. Dia 15 de março de 2015, milhões de pessoas foram às ruas. Necessário destacar que outros fatores influenciaram a manifestação, como a investigação da corrupção. MPL. Movimento Passe Livre. **Sobre**. Disponível em: <<https://www.facebook.com/passelivresp>>. Acesso em: 02 dez. 2019; MBL. Movimento Brasil Livre. **Sobre**. Disponível em: <<http://www.movimentobrasillivre.org/>>. Acesso em: 02 dez. 2019; MOVIMENTO Vem Pra Rua. **Sobre**. Disponível em: <<http://vempraru.net>>. Acesso em: 02 dez. 2019.

6 MPL. Movimento Passe Livre. **Sobre**. Disponível em: <<https://www.facebook.com/passelivresp>>. Acesso em: 02 dez. 2019.

7 MBL. Movimento Brasil Livre. **Sobre**. Disponível em: <<http://www.movimentobrasillivre.org/>>.

Acesso em: 02 de dez. de 2019; MOVIMENTO Vem Pra Rua. **Sobre**. Disponível em: <<http://vempraru.net>>. Acesso em: 02 dez. 2019.

3 NOVAS TECNOLOGIAS, PROBLEMAS ANTIGOS

Atualmente, o debate político e até mesmo estratégias políticas ocorrem em mídias de comunicação que alcançam as grandes massas. Nos últimos anos as redes sociais foram relevantes na formação da opinião política, culminando em mudanças na democracia representativa.

Nesse contexto, existem estruturas que surgiram na Internet. Um exemplo é o portal, em funcionamento desde 2009, denominado “e-democracia” (BRASIL, 20-?)⁸ elaborado pela Câmara dos Deputados. O objetivo do portal é fomentar a participação das pessoas nos debates que insurgem na Câmara dos Deputados, assim, por meio dessa plataforma, qualquer cidadão pode efetuar o cadastramento e utilizar o portal para iniciar, mediar e participar de alguma discussão relacionada a algum projeto de lei em tramitação. Os debates são acompanhados pelos deputados federais e assim, possuem um “potencial transformador da realidade” (PAMPLONA; FREITAS, 2015, p. 99-101).

Ou seja, ainda que existam distâncias, a Internet é uma ferramenta de aproximação de pessoas e exercício efetivo de democracia no mundo digital. Importante destacar que o portal disponibiliza relatórios dos resultados das discussões, com o número de tópicos, mensagens recebidas, membros, visualizações, número de postagens, os membros mais ativos, entre outros. Inclusive, permite no caso do “*wikilégis*” os relatórios das alterações e sugestões de cada projeto submetido. Por fim, destaca-se que o portal apresenta o número de usuários cadastrados pelo filtro da “unidade da Federação” (PAMPLONA; FREITAS, 2015, p. 99-101). Mas para o exercício efetivo da democracia no mundo digital são necessários investimentos em educação, incluindo capacitação de todo e qualquer cidadão ao uso de ferramentas tecnológicas (computador, *tablets*, celulares, Internet, entre outros), bem como acesso e uso responsável de tais tecnologias. Veja-se que sem estrutura e educação, têm-se novas tecnologias, porém, antigos problemas continuam existindo, acarretando no baixo uso da plataforma.

Conforme Castells (2007, p. 186) aduz, um dia a Internet pode ser um instrumento ideal para fomentar a democracia, e isso ainda pode acontecer. Porém, sem investimento no usuário, com educação e recursos, de nada adianta o investimento apenas no desenvolvimento de plataformas digitais, pois seu fim não será atingido, qual seja, participação ativa do cidadão.

Além do mais, é notório que ainda existe um número relevante de pessoas que vivem sem condições mínimas de sobrevivência e, portanto, sem quaisquer condições de acesso à Internet.⁹ Assim, questiona-se a viabilidade e o acesso a todos à rede mundial de computadores. Seria essa uma barreira para a concretização da democracia digital? Incluir todos no debate e na formação dessa democracia na era da globalização e de novas tecnologias é fundamental. Mas seria também isso suficiente?

Percebe-se, por outro lado, a existência dos info-excluídos¹⁰. Ou seja, sujeitos que não possuem condições de acesso à Internet e os que possuem, mas não têm condições e familiaridade com as plataformas que dão suporte à Democracia Digital. Sem esse suporte, o cidadão sequer tem conhecimento dos riscos a que se expõe ao ingressar em redes sociais e ao ser bombardeado de informações que talvez sequer consiga discernir, mudando seu comportamento de consumo, relacionamento, familiar e até mesmo político.

8 BRASIL. Câmara dos Deputados. E-Democracia. **Sobre o portal e-democracia**. Disponível em: <<http://arquivo.edemocracia.camara.leg.br/web/public/o-que-e#.WOEzK9lrLbo>>. Acesso em: 02 dez. 2019.

9 Dados da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – CEPAL (2015) apontam que a partir de 2012 houve aumento no número de pessoas que vivem em situação de extrema pobreza no Brasil, passando de 5,4% da população nacional em 2012 para 5,9% em 2013. NAÇÕES UNIDAS. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe. CEPAL. **Panorama Social da América Latina**. Síntese. 2014. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37706/1/S1420848_pt.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

10 Grupo de excluídos das Tecnologias da Informação e Comunicação e redes globais.

No entanto, cada vez mais as tecnologias estão acessíveis, de modo que se houverem, de um lado, políticas públicas pelo Estado de acesso às novas tecnologias e educação acerca da democracia e, de outro, interesse pelos cidadãos do uso de tais tecnologias e engajamento no processo democrático, o novo espaço além de viável tornar-se-á possível. Afinal, as ferramentas para o uso das redes sociais e portais como “e-democracia” são de fácil acesso, desde que o cidadão esteja preparado e capaz de utilizar instrumentos tecnológicos. Deve-se ter em mente que existe previsão legal no intuito da inclusão digital.¹¹ Portanto, para a concretização da democracia digital necessita-se de alicerces e efetividade de direitos, a exemplo, da liberdade de expressão. Sem transparência no processo e igualdade não é possível, ainda que todos migrem ao campo digital, vivenciar a democracia.

Sob a falsa sensação de maior liberdade de expressão na Internet, neutralidade da rede e privacidade (premissas básicas do Marco Civil da Internet [BRASIL, 2014])¹², ainda assim, não há clareza quanto a alguns dispositivos, deixando, de certa forma, os usuários à mercê de comportamentos sob a influência dos algoritmos. Não há controle ou fiscalização específica nesse sentido. Mesmo assim, deve-se buscar construir um ambiente efetivamente democrático na rede.

Evidentemente que a democracia digital não é a resposta para todos os males da sociedade nem a solução para a inclusão total, afinal, mesmo fora da democracia digital não existe engajamento e participação de cem por cento dos cidadãos. Mas, seria essa uma forma de proporcionar um incremento da participação política que poderia impactar a ponto de reconstruir as noções de democracia conhecidas em um ambiente de efetiva troca democrática e de realização dos direitos fundamentais? Mesmo que não existam info-excluídos, em um mundo ideal, ainda assim a Internet proporcionaria a Democracia de forma plena? Ou a Democracia Digital é apenas um mito?

4 REDES SOCIAIS E O MITO DA DEMOCRACIA DIGITAL NO BRASIL

A Internet possui características técnicas (estrutura e topologia) e sociais com potencial para promover interação, debates e aspectos políticos de maneira mais franca. Isto devido a estrutura descentralizada o que pode por promover um debate mais aberto, sem mediações e sujeições à apropriação por um ou outro grupo de interesse.

Assim, teoricamente, as TIC's são um meio de concretização dos processos democráticos, considerando-se a popularização da Internet e das redes sociais, propriamente ditas. Eli Pariser

¹¹ Lei 12.965/2014:

Art. 26. O cumprimento do dever constitucional do Estado na prestação da educação, em todos os níveis de ensino, inclui a capacitação, integrada a outras práticas educacionais, para o uso seguro, consciente e responsável da Internet como ferramenta para o exercício da cidadania, a promoção da cultura e o desenvolvimento tecnológico.

Art. 27. As iniciativas públicas de fomento à cultura digital e de promoção da Internet como ferramenta social devem: I - promover a inclusão digital; II - buscar reduzir as desigualdades, sobretudo entre as diferentes regiões do País, no acesso às tecnologias da informação e comunicação e no seu uso; e III - fomentar a produção e circulação de conteúdo nacional.

Art. 28. O Estado deve, periodicamente, formular e fomentar estudos, bem como fixar metas, estratégias, planos e cronogramas, referentes ao uso e desenvolvimento da Internet no País.

¹² Art. 3º A disciplina do uso da Internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; IV - preservação e garantia da neutralidade de rede; V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; VII - preservação da natureza participativa da rede; VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na Internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei. Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Art. 4º A disciplina do uso da Internet no Brasil tem por objetivo a promoção: I - do direito de acesso à Internet a todos; II - do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos; III - da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e IV - da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.

coaduna com esse entendimento ao afirmar que a Internet é “meio melhor para a democracia do que a imprensa tradicional, com seus fluxos unidirecionais de informação”, ressaltando ainda, que a liberdade de imprensa hoje pertence a todos (PARISER, 2012, p. 70).

No entanto, tais afirmações precisam ser repensadas. Existem questões a serem analisadas, afinal, foi a Internet importante para fortalecer e incrementar a participação do cidadão em questões políticas e democráticas? A Internet promove o debate? A audiência *online* é mais descentralizada do que na mídia tradicional? Os cidadãos têm voz e são ouvidos? Aqueles que chegam a serem ouvidos geram uma reflexão mais profunda ao grande público?¹³ Ou apenas vive-se em pequenas bolhas informacionais individualizadas?

É válido ressaltar que *software* e *hardware* não são humanos, porém, algoritmos podem ter acesso a todo o conjunto de dados pessoais que existe *online* de um usuário. Qual a consequência disso? Os algoritmos sabem mais sobre uma pessoa do que seus próprios familiares. E, à medida em que o Big Data trabalha associado às técnicas de tratamento de dados, tem-se a capacidade de influenciar comportamentos. Assim, as redes sociais funcionam muitas vezes como *outdoors* com publicidade de produtos e serviços, mas também atuam na esfera política sendo que movimentos políticos as aproveitam e também as utilizam. Assim, têm-se verdadeiros anúncios em espaços sociais dos mais variados assuntos. Desde sites de relacionamento, produtos versus compras até propagação de ideias políticas e indicação de candidatos.

Nesse aspecto, tem-se a questão dos algoritmos que direcionam, a partir de dados dos usuários, suas pesquisas e navegações em sites de relacionamento, pesquisa e serviços.

Mas qual seria então, de fato, o problema? Parte do problema é que as empresas não são obrigadas a explicar como são feitas as decisões que direcionam os algoritmos e, conseqüentemente, como as informações de aplicativos, sites etc., chegam até os usuários. Veja-se que os usuários são rotulados por seus perfis e direcionados sem nem ao menos saber as razões disso.

Analisando fenômenos naturais, é possível prever acontecimentos como as chuvas, marés, até mesmo eclipses. Mas o que os algoritmos fazem é aplicar a previsibilidade em algo imprevisível muitas vezes: o comportamento humano. Tal fato pode ser perigoso já que a “indução logarítmica pode levar a uma espécie de determinismo informático, no qual os nossos cliques passados decidem inteiramente o nosso futuro”. Resumindo, a partir de históricos de navegação na Internet, os usuários sempre irão receber resultados conforme o perfil traçado, sem analisar opiniões que talvez, em primeiro momento fossem contrárias às suas, mas que possibilitariam debates, reflexões e possibilidade de mudança de comportamento por livre convencimento após todo esse processo. Ao contrário, usuários recebem apenas informações sujeitas à sua prévia aprovação, até mesmo manipuladas (*fake news*)¹⁴ os quais muitas vezes, após análise do perfil, poderão direcionar comportamentos, inclusive políticos (PARISER, 2012, p. 93).

O que faz das notícias falsas uma preocupação é que tal prática submetida à velocidade do mundo digital transforma a desinformação em escalas nunca antes vistas, atingindo inúmeras pessoas, afetando a democracia diretamente, pois no atual cenário político mundial conflituoso e insegurança jurídica se vive a era da “pós-verdade”. Esta palavra adveio de

¹³ Texto original: “Framed in this way, broad questions about democratization can be broken down into a series of smaller, and ultimately answerable, questions. Some of these deal with political voice as traditionally conceived: Are there types of political participation that have been increased by the Internet? Have significant numbers of previously inactive citizens been recruited in to political activism? Other questions deal with claims that the Internet will challenge vested political interests, encourage public debate, or even blur traditional distinctions between elites and the mass public. Exactly how open is the architecture of the Internet? Are online audiences more decentralized than audiences in traditional media? How many citizens end up getting heard in cyberspace? Are those who end up getting heard a more accurate reflection of broader public?”. HINDMAN, Matthew. **The myth of digital democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 8.

¹⁴ Tradução do termo: Notícias falsas.

atitudes do Presidente Donald Trump e foi eleita pelo Dicionário Oxford de Inglês, como sendo a palavra do ano de 2016 (OXFORD, s.p.)¹⁵, relacionando-se ou denotando circunstâncias nas quais os fatos objetivos são menos influentes na formação da opinião pública do que os apelos à emoção e à crença pessoal. Nesta era da política pós-verdade, é fácil selecionar dados e chegar a qualquer conclusão que você deseje. Alguns comentaristas observaram que esta-se vivendo uma era pós-verdade.

Analisando, é possível constatar algumas possibilidades, dentre as quais: cidadão entendendo ser a Internet um ambiente propício à pesquisa neutra, busca um candidato para as próximas eleições. Esse não será direcionado para todas as possibilidades, mas sim, apenas as que o algoritmo julga compatível com sua opinião, cerceando, sem o usuário saber, as informações da rede. Ou ainda, por interesses escusos das empresas que monopolizam sites de busca, as informações que ali aparecem excluem ou até mesmo denigrem determinado candidato, sejam por, inclusive *fake news*. Como os usuários vão saber?

Atualmente vive-se numa sociedade cada vez mais algorítmica. Portanto, faz-se necessário reconhecer que valores sociais como a justiça, a liberdade e a oportunidade estão intrinsecamente ligados ao modo como o código é escrito e ao tipo de solução que ele oferece. Uma vez compreendido esse fato, pode-se começar a decidir a quais variáveis serão dadas mais importância e a encontrar soluções diferentes.

Porém, se os cidadãos não prestarem atenção no que o algoritmo faz, o resultado poderá ser o oposto do esperado, não se tendo um código “neutro”.

É necessário que haja, ainda que de forma básica, uma alfabetização algorítmica. Os cidadãos terão que julgar cada vez mais sistemas informáticos que afetam a sua vida e sua participação democrática. E isso não é impossível. Precisa-se burlar os filtros que modificam o comportamento quando seus resultados não são desejados (PARISER, 2012, p. 159).

Veja-se que o homem não refletiu para se adaptar a tais tecnologias a fim de ter ciência que muitas vezes poderia ser conduzido a sites e informações sem notar. Ele apenas foi inserido nesse novo mundo.

Algumas ferramentas de busca monopolizam ou outros serviços utilizados por usuários agem como bem entendem. E as pessoas utilizam-se de ferramentas sem ao menos questionar suas identidades, personalidades, desejos, que agora são dados e objetos de mercado. O poder público não dá respostas aos usuários sobre sua privacidade e cuidados nesse sentido, passando o cidadão a viver sob a vigilância constante de empresas que os exploram sem qualquer responsabilidade (VAIDHYANATHAN, 2011, p. 50).

Há uma possível violação de direitos como privacidade, liberdade de expressão e de informação, participação política dos cidadãos se algumas hipóteses acerca do uso dos algoritmos se verificarem.

Diante dessa grande problemática envolvendo a Internet bem como riscos a direitos fundamentais, questiona-se se, ainda que os cidadãos tenham acesso à rede e aparelhos necessários para seu acesso, ainda que tenham a educação e instrução necessárias para utilizar tais recursos, ainda assim, seria possível acreditar que a Internet é um veículo para a efetivação de uma democracia plena?

Afinal, “em alguns casos, deixar que algoritmos tomem decisões sobre aquilo que vemos e as oportunidades que recebemos gera resultados mais justos” (PARISER, 2012, p. 89). A programação de um computador para que ignore completamente fatores como raça e sexo de um ser humano, só é possível se aquela for realizada com precisão, mas ainda assim, existe a

¹⁵ Texto original: “Relating to or denoting circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotion and personal belief. In this era of post-truth politics, it’s easy to cherry-pick data and come to whatever conclusion you desire. Some commentators have observed that we are living in a post-truth age”. OXFORD Living Dictionaries. **Definition of post-truth**. Disponível em: <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/post-truth>>. Acesso em: 02 dez. 2019.

possibilidade da programação para refletir os costumes sociais da cultura e, assim, representar uma regressão à norma social (PARISER, 2012, p. 89).

Parece que o poder está na mão dos usuários já que se tem uma quantidade muito maior de escolhas sobre a mídia que se consome, mas os usuários não detêm o poder (PARISER, 2012, p. 58). Veja-se que a Internet parece ser cada vez mais um monopólio, afinal, “seja qual for a noção anterior, de que a Internet, por sua natureza, estava imune à monopolização, o presente já deixou claro a loucura do excesso de otimismo. O Ciclo mais uma vez está em movimento” (WU, 2012, p. 327).

Tim Wu traça um paralelo importante sobre as grandes empresas de tecnologia, como a Apple e a Google, afirmando que ambas ainda possuem um foco em alguns mercados, a primeira em players e downloads de músicas e o segundo como ferramenta de busca. Formando um conjunto com o Facebook e a Amazon, eles ditaram a forma como a Internet iria se comportar nos anos 2010, se afastando na noção de uma “rede igual”, e assim, consolidou-se também para o futuro a indústria monopolista que caracterizou o século XX (WU, 2012, p. 327-328).

Assim, por essa razão já se percebe um problema quando se associa Internet e democracia. Afinal, se há um monopólio, e existem tecnologias capazes de selecionar os resultados de buscas na Internet para usuários de tal ferramenta, no momento em que uma das empresas que detém tal tecnologia e monopólio pode apoiar determinado candidato, conforme seus interesses, bloqueando informações nas buscas e mostrando outras quando de momentos de processos eleitorais, simplesmente acionando mecanismos de buscas e algoritmos, percebe-se que há uma afronta aos direitos dos usuários. Selecionar quais informações os usuários terão acesso não é nada democrático. Fere inúmeros direitos fundamentais básicos, tais como o direito a informação, transparência, liberdade, igualdade, criando-se uma falsa sensação de conforto e idoneidade inexistente na Internet. Na curta história do Facebook já se observou a sua força em ajudar e derrubar governos, e se, algum dia, ele buscar alguma vantagem ao se aliar a um governo (como a AT&T quando forneceu escuta ao presidente George W. Bush), ele poderá ser “um dos melhores instrumentos de espionagem já criados” (WU, 2012, p. 358).

Para atentar-se com a democracia digital no Brasil, ainda mais quando em épocas de eleições, vale analisar o ocorrido nos Estados Unidos da América. A BBC News, em artigo publicado com o título “Como o Facebook pode ter ajudado Trump a ganhar a eleição” (CELLAN-JONES, 2016, s.p.) explica o funcionamento do Facebook sobre compartilhamento de notícias entre seus usuários em épocas de eleições. Veja-se que nos Estados Unidos da América os jornais declararam apoio a Hillary Clinton ou até mesmo deixaram de divulgar ou apoiar Donald Trump na campanha de 2016 para presidente daquele país. Porém, 156 (cento e cinquenta e seis) milhões de americanos possuíam contas no Facebook e, de acordo com pesquisas, pelo menos dois terços deles usam a rede social como fonte primária de notícias. Nas redes sociais, tais notícias dependem do que cada usuário recebe de seus amigos e seus compartilhamentos bem como seu perfil. Ou seja, pessoas com intenção de voto em Trump recebiam apenas notícias favoráveis de Trump, e o mesmo ocorria com os eleitores de Hillary.

Os jornais traziam ao menos, independente do posicionamento, ideias a favor e contrárias, com opiniões e fontes checadas. Já o Facebook não checa as informações de seus usuários ou notícias compartilhadas. Tão pouco asseguram nas *timelines* opiniões diversas daquela que o usuário compartilha.

Um exemplo foi durante a campanha presidencial americana de compartilhamento de histórias acusando Hillary de assassinato que apareceram nas páginas de pessoas que declaravam apoio ao candidato Trump. De outro lado, páginas daqueles que apoiavam Hillary, compartilhavam falsa declaração supostamente feita por Trump, em 1998, em que ele chamava eleitores do partido Republicano de burros.

A grande arma eleitoral dos dois grandes partidos americanos (Democrata e Republicano) foi o *Facebook*, divulgando e angariando eleitores indecisos. Não é possível afirmar que Trump se elegeu apenas com tal mídia social, porém, tais ferramentas auxiliam indubitavelmente a trazer eleitores indecisos para o lado de quem mais investiu em angariar usuários e espalhar notícias. Afinal, é o *Facebook* apenas uma rede social ou uma poderosa empresa de mídia?

Sobre o mesmo assunto, a reportagem “BIG DATA: o segredo por trás da eleição de Trump” (ALVES, 2017, s.p.) traz também uma análise bastante interessante acerca do *Big Data* e a psicologia baseada em dados, sendo a psiometria (ALVES, 2017, s.p.)¹⁶ (medição de traços psicológicos) a base da nova estratégia eleitoral. Ou seja, tudo que os usuários fazem, online e offline, deixa vestígios digitais (compras, buscas, relacionamentos, curtidas, etc.). A questão é como esses dados são usados. Afinal, o Big Data tem papel principal na estratégia política nos dias de hoje, já que os smartphones são um vasto questionário psicológico preenchido constantemente, consciente e inconscientemente. No entanto, acima de tudo, essa metodologia também funciona no sentido inverso: não só os perfis psicológicos podem ser criados a partir de seus dados, mas essas informações podem ser usadas ao contrário para procurar perfis específicos. Assim, aqueles que detém tal ferramenta poderiam abusar buscando pessoas para manipulá-las. Por exemplo, eleitores indecisos em um processo democrático, influenciando seu voto. Ou seja, é possível utilizar Big Data e psicologia para conquistar eleitorado, por meio das redes sociais e sites de busca.

Cabe a análise da *Cambridge Analytica*, a qual adquire os dados pessoais de várias fontes, agrega com os dados online e dos partidos e calcula um perfil. A partir desses dados “basta que a Cambridge Analytica impacte essa pessoa com a propaganda política perfeita – e super segmentada” (ALVES, 2017, s.p.). Observa-se a presente dinâmica em um exemplo baseado na discussão sobre o porte de arma, na qual se utiliza duas estratégias diversas, primeiramente para “uma audiência altamente neurótica” utiliza-se o recurso da “a ameaça de um roubo e a apólice de seguro de uma arma na mensagem”. Na hora, uma imagem mostra a mão de um intruso esmagando uma janela.” (ALVES, 2017, s.p.) Agora quando se tem “um público que se preocupa com tradição, hábitos e família”: outra imagem mostra um homem e uma criança de pé em um campo ao pôr do sol, ambos segurando armas, caçando patos.” (ALVES, 2017, s.p.).

“Quase todas as mensagens publicadas por Trump foram baseadas em dados” (ALVES, 2017, s.p.), relatou o CEO da *Cambridge Analytica*, Alexander Nix, sendo que o investimento da campanha para tais serviços foi de 15 (quinze) milhões de dólares em pesquisas de tal empresa.

Além disso, um documento interno foi divulgado a funcionários explicando como que a empresa britânica auxiliou Donald Trump a vencer as eleições de 2016, usando plataformas digitais como o *Google*, *Snapchat*, *Twitter*, *Facebook* e *YouTube*. O documento de 27 páginas, elaborado por funcionários, mostra as técnicas utilizadas para direcionar mensagens nas redes sociais de forma a alcançar os eleitores certos, de maneira a favorecer o voto no candidato republicano, por meio de tratamento intensivo de dados coletados e algoritmos desenvolvidos para enviar 10 mil mensagens para grupos de pessoas distintos, meses antes das eleições. Segundo a apresentação da *Cambridge Analytica*, os anúncios foram visualizados milhares de milhões de vezes (DIÁRIO DE NOTÍCIA, 2018, s.p.).

¹⁶ Na década de 1980, duas equipes de psicólogos desenvolveram um modelo que buscava avaliar pessoas com base em cinco traços de personalidade – o modelo foi chamado de Big Five: abertura (a novas experiências), conscienciosidade (perfeccionismo), extroversão (sociabilidade), condescendência (cooperatividade) e neuroticismo (temperamento). Com base nessas dimensões – conhecidas pela sigla em inglês OCEAN – é possível fazer uma avaliação relativamente precisa de qualquer pessoa. Isso inclui necessidades e medos e como eles devem se comportar. O Big Five tornou-se a técnica padrão de psicometria. ALVES, Paulo. BIG DATA: o segredo por trás da eleição de Trump. *SHOW ME TECH*. 06/02/2017. Disponível em: <<https://www.showmetech.com.br/big-data-trump/>>. Acesso em: 02 dez. 2019.

A *Cambridge Analytic* não elaborou nada ilegal, mas, teve acesso a dados de mais de 50 milhões de usuários do *Facebook*, permitindo desenvolver algoritmos para categorizar, de acordo com o seu perfil, e atingir diferentes grupos de usuários. Inclusive, o uso da plataforma *Youtube* auxiliou sob aspectos geográficos. A campanha de Trump mostrou dois anúncios diferentes, de acordo com o tipo de eleitores, segundo a informação geográfica disponível. “Para os eleitores que residiam em áreas ‘vermelhas’, ou seja, onde era mais provável votarem Trump, foi mostrada ‘uma imagem triunfante do candidato’, com conselhos de como poderiam votar”. Já nas áreas que podiam conter indecisos, os usuários “viam uma imagem diferente: de apoiantes famosos do republicano” (DIÁRIO DE NOTÍCIA, 2018, s.p.).

Pelo *Twitter*, aqueles eleitores que seguiam Trump podiam partilhar *tweets* favoráveis ao candidato usando *hashtags* pré-estabelecidas. Foi usada também a publicidade paga do Google, ou seja, para dar a quem pesquisava determinados temas, como, por exemplo ‘Trump Iraque guerra’, os resultados colhidos eram sempre em destaques para favorecer à campanha (DIÁRIO DE NOTÍCIA, 2018, s.p.).

Percebe-se que de fato as TIC’s são instrumentos fortes e quando usadas em prol da sociedade os resultados capacitam as expansões de liberdade. Porém, a Internet deve trazer aos usuários não apenas a sensação de conforto e praticidade, mas precisa também proporcionar a efetivação da transparência na participação popular de processos democráticos digitais, garantindo que todas as informações cheguem aos usuários. Isto, para evitar que, mesmo quando conquistado o acesso por todos, não se tenha um espaço de manipulações, ferindo preceitos e garantias de direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo analisou a democracia digital, suas características e possibilidades de manipulação, verificando problemas não resolvidos mesmo frente a existência de novas tecnologias acerca da participação política do cidadão.

A atual estrutura da Internet revela hostilidades graves aos direitos fundamentais basilares, pressupostos de um sistema efetivamente democrático. Mesmo porque, existe uma concentração de poder nas empresas que tem por objeto central o conjunto de dados pessoais de seus usuários, a exemplo das redes sociais, o que levanta dúvidas sobre a possibilidade de se verificar a efetivação dos princípios da democracia participativa no ambiente digital.

As TIC’s abrem novas possibilidades da atuação dos diversos personagens na concretização da democracia, agora em novo espaço, o digital. Espaço esse em que surge a ampliação das possibilidades já que a presença física não se faz necessária para debates nem para votar. Porém, não se pode esquecer de que é necessário buscar meios de inclusão de todos no espaço digital, uma vez que com o surgimento de novas tecnologias, em especial das TIC’s, percebe-se a possibilidade do cidadão manifestar-se na Internet, usando as redes sociais, propagando pensamentos, informações e opiniões; bem como exercendo pressão no Poder Público para que medidas sejam tomadas em relação aos mais variados temas.

Tal movimentação no espaço digital fez surgir um novo cidadão, que conectado, exerce a chamada democracia digital. A tecnologia aliada ao conhecimento e à propagação de informações é uma ferramenta para o desenvolvimento e concretização da democracia representativa. Desse modo, as TIC’s e as redes sociais estabelecem um canal pelo qual os usuários podem não somente exibir suas vidas sociais, mas efetivamente se expressar em assuntos envolvendo política, escândalos e corrupção, inclusive unindo-se e mobilizando-se em grande quantidade de pessoas por meio do mundo digital para agirem no mundo “real”.

Diante disso, as redes sociais vislumbraram uma nova dimensão ao cidadão: participar da vida política do país.

Assim, surgem inúmeras questões e problemas a serem enfrentados, em especial quanto ao exercício de uma democracia verdadeira, no sentido dos usuários não apenas serem influenciados, mas efetivamente participarem e fiscalizarem questões políticas de acordo com suas opiniões livres. Um espaço com cidadãos educados e conscientes sobre as discussões e informações verdadeiras e fidedignas, garantindo a compreensão dos temas propostos à discussão, com inclusão de todos (inclusão digital), apesar de parecer utópico, pode um dia se concretizar.

Porém, o que se percebe hoje é que a sociedade em rede é uma estrutura dinâmica altamente flexível às pressões sociais, culturais, políticas, ambientais e econômicas. O que permanece em todos os casos é o domínio da 'grande rede' sobre as atividades e pessoas, sejam estas internas ou externas às redes.

Para concretizar a democracia digital deve-se aliar o desenvolvimento tecnológico à uma educação efetiva, em especial voltada ao mundo digital, a fim de que a Internet possa criar uma nova possibilidade de participação democrática do cidadão. Sendo tal cidadão um novo sujeito que efetivamente, reflete, fiscaliza e participa das questões que afligem os anseios sociais, auxiliando na concretização da democracia. Também, por isso tem-se um movimento mundial voltado à novas leis e regramentos para proteção de dados pessoais dos usuários, de modo a coibir que, por meio de algoritmos, cidadãos-usuários sejam influenciados de maneira velada ao usarem redes sociais, e principalmente, quando o assunto esteja relacionado ou fere a democracia.

As Tecnologias da Informação e Comunicação transformaram de maneira significativa o comportamento dos cidadãos, instituições públicas e privadas. Evidentemente que com a participação do cidadão na vida política e democrática, portanto, não foi diferente. A Internet deve proporcionar a efetivação da transparência e participação popular, promovendo um ambiente saudável ao debate público, neutro e seguro. Caso contrário, está-se diante apenas de uma nova ferramenta de alienação e manipulação do cidadão.

REFERÊNCIAS

ALVES, Paulo. BIG DATA: o segredo por trás da eleição de Trump. **SHOW ME TECH**. 06/02/2017. Disponível em: <<https://www.showmetech.com.br/big-data-trump/>>. Acesso em: 02 dez. 2019.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Tradução de: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BRASIL. Câmara dos Deputados. E-Democracia. **Sobre o portal e-democracia**. Disponível em: <<http://arquivo.edemocracia.camara.leg.br/web/public/o-que-e#.WOEzK9IrLbo>>. Acesso em: 02 dez. 2019.

BRASIL. **Lei 12.965/2014**. Marco Civil da Internet. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia Internet: reflexões sobre Internet, negócios e sociedade**. Tradução de: Rita Espanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da Internet**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CELLAN-JONES, Rory. Como o Facebook pode ter ajudado Trump a ganhar a eleição. **BBC**. 12 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-37961917>>. Acesso em: 02 dez. 2019.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de: **Beatriz Sidou**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2011.

DIÁRIO DE NOTÍCIAS. **O documento que explica como a Cambridge Analytica ajudou a eleger Trump**. 26/03/2018. Disponível em: <<https://www.dn.pt/mundo/como-a-cambridge-analytica-ajudou-na-eleicao-de-trump-9209379.html>>. Acesso em: 02 dez. 2019.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. A Vulnerabilidade do Consumidor e a Exposição Pública na Internet. In: ROVER, Aires José; GALINDO, Fernando (Orgs.). **III Encontro de Internacionalização do CONPEDI**. Universidade Complutense de Madrid. Madrid/Espanha: Ediciones Laborum, v. 9, pp. 76-101, 2015.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência**. São Paulo: Dialética, 2002.

GREENFIELD, Adam. **Everyware: The dawning age of ubiquitous computing**. New Riders, CA, 2006.

HINDMAN, Matthew. **The myth of digital democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

HIRST, Paul. **A democracia representativa e seus limites**. Tradução de: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1992.

LINKEDLN. **Sobre**. Disponível em: <<https://br.linkedin.com/>>. Acesso em: 02 dez. 2019.

MBL. Movimento Brasil Livre. **Sobre**. Disponível em: <<http://www.movimentobrasillivre.org/>>. Acesso em: 02 dez. 2019.

MOVIMENTO Vem Pra Rua. **Sobre**. Disponível em: <<http://vemprarua.net>>. Acesso em: 02 dez. 2019.

MPL. Movimento Passe Livre. **Sobre**. Disponível em: <<https://www.facebook.com/passelivresp>>. Acesso em: 02 dez. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe. CEPAL. **Panorama Social da América Latina**. Síntese. 2014. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37706/1/S1420848_pt.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

NINO, Carlos Santiago. **Los escritos de Carlos S. Nino: derecho, moral y politica**. Buenos Aires: Gedisa, 2007.

OXFORD Living Dictionaries. **Definition of post-truth**. Disponível em: <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/post-truth>>. Acesso em: 02 dez. 2019.

PAMPLONA, Danielle Anne; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. Exercício democrático: a tecnologia e o surgimento de um novo sujeito. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 20, n. 1, pP. 82-105, jan./abr. 2015.

PARISER, Eli. **O filtro invisível. O que a Internet está escondendo de você**. Tradução: Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

RECUERO, Raquel. Diga-me com quem falas e dir-te-ei quem és: a conversação mediada pelo computador e as redes sociais na Internet. **Revista FAMECOS**, Porto Alegre, n. 38, abr. 2009.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

VAIDHYANATHAN, Siva. **The googlization of everything (and why should we worry)**. Berkeley: University of California Press, 2011.

WU, Tim. **Impérios da comunicação**. Do telefone à Internet, da AT&T ao Google. Tradução: Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

RESTRIÇÃO DE IDOSOS NOS TRANSPORTES
COLETIVOS MUNICIPAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA:
PROTEÇÃO OU PRIVAÇÃO DE DIREITOS DA
PERSONALIDADE?

DIRCEU PEREIRA SIQUEIRA
CAROLINE AKEMI TATIBANA

RESTRICÇÃO DE IDOSOS NOS TRANSPORTES COLETIVOS MUNICIPAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA: PROTEÇÃO OU PRIVAÇÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE?

RESTRICTION OF ELDERLY PEOPLE IN MUNICIPAL COLLECTIVE TRANSPORTATION IN PANDEMIC TIMES: PROTECTION OR DEPRIVATION OF PERSONALITY RIGHTS?

Recebido: 27/11/2020
Aprovado: 03/03/2021

Dirceu Pereira Siqueira¹
Caroline Akemi Tatibana²

RESUMO:

A pandemia do coronavírus trouxe várias consequências, dentre elas, que repercutem no nosso cotidiano, como por exemplo, medidas que restringem direitos, liberdades e garantias para proteção do bem-estar coletivo. O presente artigo tem como objetivo analisar o impedimento dos idosos ao transporte público coletivo gratuito durante a pandemia. Destarte o que se pretende responder é a seguinte questão: o município pode restringir o acesso gratuito dos idosos ao transporte público coletivo durante a pandemia? Essa possibilidade é examinada, a partir dos princípios que norteiam o Estado de Direito. Para subsidiar a pesquisa, utilizou-se do método dedutivo de abordagem, bem como, quanto ao método de investigação utilizou-se bibliográfico e documental. Conclui-se que, por meio da observância de princípios da isonomia, proibição do excesso, transitoriedade e não discriminação, as políticas de conscientização demonstram-se mais razoáveis do que o impedimento total dos idosos ao transporte público coletivo.

Palavras-chave: Idosos. Pandemia. Direitos da Personalidade.

ABSTRACT:

The coronavirus pandemic brought us several consequences, among them, which have repercussions on our daily lives, such as measures that restrict rights, freedoms, and guarantees for the protection of collective well-being. This article aims to analyze the impediment of the elderly to free public transport during the pandemic. This way what we want to answer is the following question: can the municipality restrict free access of the elderly to public transport during the pandemic? This possibility is examined, from the principles that guide the rule of law. To subsidize the research, we used the deductive approach method, as well as, for the investigation method, the bibliographic and documentary. It is concluded that, through the observance of isonomy

¹ Coordenador e Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar); Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru, Especialista Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto, Pesquisador Bolsista - Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor - PPD - do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI), Professor nos cursos de graduação em direito da Universidade de Araraquara (UNIARA), do Centro Universitário Unifafibe (UNIFAFIBE) e do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos (UNIFEB), Professor Convidado do Programa de Mestrado em "Gestão Estratégica de Empresas - Master Of Science in Administrative Studies (MSAS)" - Disciplina: "Ética e Legislação" University Missouri State - EUA, Consultor Jurídico, Parecerista, Advogado. E-mail: dpsiqueira@uol.com.br

² Mestranda em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR), na condição de Bolsista da CAPES (Modalidade Bolsa/ PROSUP); Advogada. E-mail: carolakemi64@gmail.com

principles, the prohibition of excess, transience, and non-discrimination, awareness policies more reasonable than the total impediment of the elderly to the public transport collective.

Keywords: Elderly. Pandemic. Personality Rights.

INTRODUÇÃO

A pandemia atual trouxe inúmeras mudanças para o cotidiano das pessoas, a humanidade teve que se adaptar a uma nova rotina de isolamento social, quarentena, uso de máscaras e evitar locais com aglomerações, além de sofrerem limitação de alguns direitos individuais em detrimento da tutela da saúde pública tudo isso com objetivo de conter a emergência da saúde pública decorrente pelo surto de 2019. Sendo que, a população idosa, foi uma das mais afetadas, devido à sua vulnerabilidade ao contágio da doença e ao risco de morte, tiveram algumas medidas que, inclusive, afetaram seu direito à locomoção.

O objetivo geral desta pesquisa consiste em investigar se o município ao impedir o acesso ao transporte público gratuito dos idosos, na realidade protege a população idosa, ou se tal medida se torna um meio de tolhimento dos direitos da personalidade. Nesse sentido, o presente trabalho pretende responder a seguinte questão: pode o município, através de decreto municipal restringir o acesso de idosos ao transporte público? Tal medida viola os direitos da personalidade dos idosos?

A pesquisa sobre direitos da personalidade dos idosos, nesse contexto, é de extrema importância no cenário atual, pois a pandemia trouxe novo cenário; é evidente a preocupação com a proteção dos mais fragilizados, como é o caso da população idosa. É por meio da pesquisa e reflexão sobre direitos da personalidade que, se pode enriquecer a discussão.

Para auxiliar a presente pesquisa, utilizará-se o método dedutivo e a metodologia de revisão bibliográfica. A metodologia adotada consiste na busca por artigos científicos sobre o assunto, com as seguintes palavras-chaves: idosos, pandemia, direitos da personalidade, contidas à plataforma nacional e estrangeira.

Nesse sentido, devido à existência de poucos artigos nacionais sobre o tema: pandemia e o direito, foi necessário buscar o assunto em artigos internacionais o assunto, para tanto, utilizar-se-á da base de dados da EBSCO que fornece conteúdo bibliográfico e possui uma completa base de dados acadêmica, além dessa das seguintes SSRN, SCOPUS, WEB OF SCIENCE e Google Acadêmico, com o fim de buscar artigos internacionais e nacionais de revistas científicas de direito que abordem os temas: idosos, pandemia, coronavírus, direitos da personalidade.

Com isso, foi possível identificar após a decretação da pandemia do Sars-Cov-2 as medidas de enfrentamento tomadas no Brasil, dentre elas, a restrição do direito à locomoção de idosos, especialmente quanto à supressão da garantia da gratuidade no acesso ao transporte público que, com objetivo de protegê-los ao contágio da nova doença restringiram o acesso de idosos ao transporte público gratuito, alguns por tempo indeterminado.

Assim, o presente trabalho procurou investigar os decretos municipais das cidades de Belo Horizonte, Campinas, Joinville, Porto Alegre e Teresina e a medida restritiva de acesso do idoso ao transporte público. Os resultados demonstram que os decretos foram regulamentados sem recomendação técnica e fundamentada da ANVISA – Agência Nacional de Vigilância, alguns inclusive, com impedimento total do direito e estabelecidos por prazo indeterminado.

Nesse sentido, pode-se verificar que os decretos municipais que restringem o acesso dos idosos ao transporte público gratuito foram desproporcionais, pois não ofertaram outras

maneiras à população idosa de exercerem no mínimo suas atividades essenciais, os decretos acabam por atingir somente os idosos mais vulneráveis que não possuem outro meio de locomoção. Sendo que, as políticas públicas que visam conscientizar a população idosa do risco da doença se demonstram mais razoáveis e compatíveis com o Estado de Direito.

Desta forma, diante da situação emergencial como a pandemia de coronavírus, se o Estado visa o enfrentamento da pandemia através de medidas que restringem direitos, liberdades e garantias, contendo assim o contágio da doença, isso deve ser feito de maneira a preservar os princípios democráticos de Estado de Direito.

1 A PANDEMIA DO COVID-19 E AS MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO NO BRASIL

Nos últimos meses as relações sociais e jurídicas foram modificadas pela doença denominada de novo coronavírus. O cenário atual é adaptação para esse novo contexto de pandemia, que não é a primeira a ser vivenciada pela humanidade, mas trouxe grande repercussão, devido ao grande número de pessoas infectadas e mortas pela doença.

Nesse sentido, com a disseminação do novo coronavírus que foi identificada em dezembro de 2019, tendo em vista que a doença já se encontrava espalhada por diversos países a Organização Mundial da Saúde declarou pandemia por coronavírus no dia 11 de março de 2020, a partir desse momento cada país analisou o risco e tomou medidas para detectar e proteger a população, trazendo mudanças no cotidiano de todos.

Além disso, outro fato que contribuiu com a mudança da rotina das pessoas em todo mundo foi ausência de cura específica; há um vírus invisível que assola o mundo, de fácil propagação. Isto demonstra quão frágeis os seres humanos são e para superar esta situação de pandemia, a cooperação mundial e o conhecimento científico demonstram-se essenciais.

Nesse sentido: “É perceptível que a inexistência de uma vacina e de um tratamento específico para o surto da COVID-19 desafiam a humanidade a buscar medidas para o controle da doença e alternativas com vistas a criar barreiras para impedir a transmissão do vírus” (FREITAS; CÂNDIDO; ROGRIGUES, 2020, p. 175). Neste contexto, diversos países foram adotando medidas de restrição e proteção com objetivo de conter a doença do novo coronavírus, como por exemplo com a adoção de campanhas para que a população permaneça dentro de suas residências, restrições de número de pessoas em ambientes com grandes aglomerações e aprimoramento da infraestrutura de hospitais. Assim menciona Habermas (2020): “Os políticos devem resistir à ‘tentação utilitarista’ de pesar os danos econômicos ou sociais, por um lado, e as mortes evitáveis, pelo outro”.

Acontece que, em sociedade democrática, a questão que se refere à quarentena e às decisões em saúde pública, devem respaldadas não somente em conhecimento científicos, como também, validar outros interesses e perspectivas legítimas. Nesse ponto:

[...] A decisão de implementar um sistema de quarentena não pode ser justificada ou fundamentada na noção de eficácia simplesmente determinada em termos científicos. A incerteza nunca é totalmente resolvida e, como tal, a tomada de decisão baseada em evidências deve ser usada para refletir sobre o que constitui uma decisão razoável e bem justificada (BENSIMON, UPSHUR, 2020).”

Outro ponto que trouxe discussão, principalmente no ambiente jurídico, foi às medidas mais graves, de privação da liberdade individual em detrimento da saúde pública, pois o isolamento social é um dos meios de contenção do atual vírus. Com decretação do chamado

lockdown, mediante confinamento e isolamento social total, em certos países, a população teve que adaptar-se a nova rotina.

As políticas públicas devem ser eficientes, em especial tendo em vista que os direitos sociais, em especial o direito à saúde, dependem da atuação do Estado e instituições para que sejam realizados (SIQUEIRA; et al, 2019 p. 315).

Assim, foi possível verificar com a pandemia de coronavírus, a importância da ajuda internacional, bem como a nossa interdependência e destino comum, pois acabou afetando todo ser humano, sem qualquer distinção de nacionalidade ou poder econômico, realçando nossa fragilidade comum (FERRAJOLI, 2020).

Ao longo da história, podemos verificar que a pandemia de coronavírus, não foi a primeira a ser enfrentada pela humanidade. Outras pandemias maiores na história como, por exemplo, a Peste Negra, no século XIV, conhecida como peste bubônica, a varíola, cuja a doença foi cessada em 1980, após campanhas de vacinação em massa, a cólera que, no ano de 1817 matou milhares de pessoas (RODRIGUES, 2020).

Além dessas pandemias, mais recentes, houve a gripe espanhola no ano de 1918 a contaminação de aproximadamente de 40 e 50 milhões de pessoas infectadas, causada pelo vírus mortal influenza, bem como, a primeira pandemia do século XXI, conhecida como Gripe Suína, causada pelo vírus H1N1 (RODRIGUES, 2020). Assim como o novo coronavírus, o contágio de ambas as pandemias citadas, acontece por contato próximo com a pessoa contaminada ou contato através de objetos contaminados.

Ocorre que, a atual pandemia, desencadeou uma crise mundial que, acabou por revelar a ausência ou ineficiência de políticas públicas na área da saúde em diversos países, bem como, a necessidade dos governantes atuarem em prol da coletividade, em especial para tutela da saúde pública, nesse sentido (OTERO; DE SOUZA MASSARUTTI, 2016, p. 853): “O direito à saúde compõe-se, com muito mais importância, na condição de um direito peculiar de personalidade relacionado ao direito à qualidade de vida”.

Igualmente, com a pandemia pode-se verificar que as políticas públicas, bem como, as relações sociais que envolvam a pandemia revelaram uma crise do individualismo e pressionam a relação entre o individual e o coletivo (VOMMARO, 2020, p. 4). No mesmo sentido: “As políticas públicas para o resgate e promoção humana são construídas a partir de um Estado vigoroso e estruturado, em sintonia com a gênese de sua opção política fundante”. (CAVALCANTE; MOTTA; PRUX, 2019, p. 257).

As políticas públicas adotadas para combate da pandemia aprofundam as desigualdades sociais, como no caso do Brasil. Nesse sentido, durante a pandemia de coronavírus, antecipar novos cenários parece ser o caminho mais adequado, buscando conhecer as novas desigualdades e pensar em estratégias e ações para solucioná-las (NUÑEZ, 2020).

Nesse ponto, (VENTURA, 2010, p. 43) hoje as pandemias nos trazem desafios, para o campo do Direito. O primeiro desafio é encontrar meio de como garantir o direito a saúde no contexto de crise, em especial os países que estão em desenvolvimento, à saúde pública já se encontra em uma crise contínua. O segundo desafio seria como conduzir o “estado de exceção”.

O estado de exceção, sob o ponto de vista de Giorgio Agamben (2015, p. 131) hoje, atingiu seu máximo desenvolvimento planetário, o que está em jogo atualmente são os próprios conceitos de “estado” e de “direito, ou seja, o direito e seu aspecto normativo podem ser impugnados por uma violência governamental que produz no âmbito interno um estado de exceção permanente, pois ignora o âmbito externo, o direito internacional. No mesmo sentido: “[...] as estratégias, veemente, adotadas por diferentes líderes políticos, (...) em alguns casos, acabam favorecendo a imposição de um estado de exceção – em outras situações, ainda mais graves, ditam quem deve continuar vivendo e quem deve morrer (STURZA, TONEL, 2020)”.

Nesta mesma perspectiva, no começo da pandemia de COVID-19 o governo federal lançou campanha polêmica com o seguinte *slogan*: “O Brasil não pode parar”, indo na contramão de recomendações internacionais como as da Organização Mundial da Saúde (OMS), pois na época a orientação já era no sentido de restrições e medidas preventivas para contenção do novo vírus.

No aspecto normativo, uma das primeiras medidas adotadas pelo Governo Federal no combate e enfrentamento da pandemia de coronavírus foi a edição da Lei denominada “Lei de Quarentena” Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 com a seguinte ementa: “Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019” (BRASIL, 2020).

Dentre outras medidas, trazidas pela Lei nº 13.979/2020, destacam-se a imposição de medidas de isolamento e quarentena para as pessoas contaminadas, a restrição temporária de entrada e saída do país de pessoas e bens, além de instituição de limites e salvaguardas em relação ao exercício de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal que estão em vigor (VENTURA; AITH; RACHED, 2020).

Assim, com a instituição da Lei nº 13.979/2020, inaugurou-se estado de emergência no Brasil. Nesse ponto, o governo só deve emitir declaração de emergência quando encarregar-se de obedecer a todas as definições legais do Estado, contudo, ao declarar a lei deve ser utilizada e servir como parâmetro a fim de mitigar os danos causados pela situação de emergência (SUNSHIE; BARRERA; CORCORAN, 2019). Ainda sobre o tema, Ferejohn; Pasqualino, (2004): “Como resultado, as constituições modernas muitas vezes têm disposições especiais para lidar com situações de emergência”.

Ocorre que, além da referida lei, a Medida Provisória n. 976/2020 desencadeou no ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341 com a finalidade de declarar inconstitucional a vedação dos municípios e estados declararem, medidas de isolamento, quarentena, entre outras que visavam contenção do novo vírus. A esse respeito menciona (AGABEN, 2020): “a limitação da liberdade imposta pelos governos é aceita em nome de um desejo de segurança que foi induzido pelos próprios governos que agora intervêm para satisfazê-lo”.

Sob esse ponto, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento, foi de que as medidas de proteção e contenção da pandemia do coronavírus, ou seja, a competência de legislar sobre saúde, é de competência concorrente. Nesse caso, refletiu na possibilidade dos prefeitos e governadores legislarem sobre medidas restritivas que dizem respeito a emergência do novo coronavírus.

Desse modo, pode-se averiguar que, após o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre esse tema, vários estados e municípios através de seus decretos decidiram acerca das medidas a serem tomadas para enfrentamento da emergência do coronavírus, de acordo com a situação de cada estado ou município, o que fez com que repercutissem várias ações e políticas de restrições e limitações de direitos individuais em detrimento do bem estar coletivo.

2 O DIREITO À LOCOMOÇÃO E A AUTONOMIA PRIVADA DOS IDOSOS DURANTE A PANDEMIA

Os direitos, liberdades e garantias são de aplicabilidade direta, tratam-se de princípios constitucionais que são imediatamente eficazes. Acontece que, em determinadas situações há autorização constitucional expressa de restrição de direitos.

A pandemia do coronavírus, decretada pela Organização Mundial de Saúde, fez com que vários países lidassem com uma situação emergencial de saúde, bem como adotassem medidas restritivas, principalmente relacionadas à limitação da liberdade de locomoção, com a finalidade de conter a disseminação do novo coronavírus, uma vez que se sabe que evitar aglomerações de pessoas diminui o risco de contágio.

A população mais atingida, no cenário pandêmico, foi a população idosa, devido à sua vulnerabilidade apresentada ao contágio e ao risco de morte, está sendo o principal público alvo de políticas públicas de saúde que, por meio de decretos municipais e estaduais está sendo impedidas de exercerem direitos fundamentais, dentre eles, a liberdade de locomoção, o lazer e as atividades essenciais como bancos, supermercados, farmácias, no entanto, devido a sua vulnerabilidade as políticas públicas devem garantir direitos proteção e respeito (SIQUEIRA; FRANCISCHINI, 2014).

Outrossim, além de grupo vulnerável no contexto da pandemia, os idosos enquadram-se como minorias, conforme destaca conceito de minorias (SIQUEIRA; CASTRO, 2017) “traço cultural comum presente em todos os indivíduos, originando grupos específicos, são sujeitos ligados entre si, daí a denominação “minorias”. Nesse sentido, demonstra-se necessário um olhar mais atento a população idosa para tomada de políticas públicas de enfrentamento de covid-19. As políticas públicas de saúde no contexto de pandemia devem ter a finalidade de conscientizar a população idosa e restringir seus deslocamentos somente para as atividades essenciais e evitar o uso de meios de transporte coletivo, além de não frequentar lugares com aglomerações de pessoas (OLIVEIRA et. al, 2020, p. 6), tendo em vista que, os idosos são as pessoas mais vulneráveis ao novo coronavírus.

Assim, adoção de ações e estratégias públicas que visam proteção das pessoas mais vulneráveis, para que sejam consideradas legítimas, não podem ser discriminatórias e devem preservar o máximo possível a manutenção de sua personalidade e dignidade. Nesse sentido, Da Costa Dourado (2020, p. 157): “a luta pela conquista de direitos para a pessoa idosa no mundo parece conflitar com o apelo que hoje se faz para que fiquem em casa”.

As políticas públicas voltadas ao combate a covid-19, que vem sido realizadas, com discursos de agentes públicos se referindo aos idosos como o mais acometido, frágil, vulnerável e que necessita de proteção (DOURADO, 2020, p. 157), inclusive a pronunciamentos estatais como: “o governo de São Paulo não descartou medidas mais drásticas caso a situação ameace sair do controle, inclusive a possibilidade de obrigar as pessoas a ficarem em casa usando força policial” (PEREIRA, 2020).

Alguns decretos municipais chegaram a serem questionados no Supremo Tribunal Federal, como por exemplo, o Decreto Municipal nº 21.118/20 de São Bernardo do Campo que foi suspenso pelo Ministro Dias Toffoli em que havia previsão do seguinte disposto:

“§ 1º O idoso fora de sua residência deverá estar munido de documento de identificação para possibilitar a averiguação da sua idade e destino, sob pena de ser acompanhado pelas autoridades públicas devidamente identificadas, até a porta da entrada de sua residência para a devida identificação ou permanência”.

Neste caso, pode-se verificar que tal medida é desproporcional e não respeita a dignidade humana dos idosos, uma vez que expõe as pessoas idosas a situação vexatória. Sobre esse ponto, o Poder Judiciário demonstra-se essencial ao combate de arbitrariedade e discriminação, pois as medidas restritivas estão sujeitas à revisão.

A situação emergencial de saúde pública não é permissão para que governantes decretem medidas restritivas somente a população idosa, por se tratarem das pessoas mais vulneráveis do grupo de risco a mortes e contágio do novo coronavírus como bem ensina Canotilho (2003)

no caso das leis restritivas, é importante que se observe seu caráter geral e abstrato, ou seja, se dirige a um número indeterminado ou indeterminável de pessoas.

Nesse sentido, as leis que visam o enfrentamento de combate ao coronavírus não podem restringir somente os direitos fundamentais e de personalidade das pessoas com idade igual ou superior de 60 anos de idade, pois isso violaria o princípio material da igualdade, ou seja, estaria dando um tratamento desigual os direitos, liberdades e garantias. Nesse sentido (VENTURA, 2020, p. 46): “Ora, o meio-ambiente, embora igualmente crucial para a preservação da civilização, até então jamais justificou estados de exceção que implicassem restrições extraordinárias de direitos”.

A pandemia realçou algumas políticas públicas de saúde discriminatórias, com base na finalidade de combater o novo vírus, alguns agentes políticos impuseram restrições a direitos e liberdades somente aos idosos, excluindo outros grupos de risco, como a exemplo do Decreto nº 38.520 de Joinville, que instituiu isolamento domiciliar compulsório das pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, foi revogado no dia 04 de setembro de 2020.

Ainda no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias a lei deve observar o princípio da proibição do excesso, ou seja, as leis que regulamentam restrições devem ser adequadas, necessárias e proporcionais (CANOTILHO, 2003, p. 468).

Nessa mesma lógica, o direito internacional embora admita o estado de exceção, coloca como princípios a serem respeitados: a legalidade que, deve estar prevista no texto constitucional, a proclamação, ou seja, medida deve ser notificada através de meio oficial, a transitoriedade, as medidas não podem ser rotineiras, ameaça excepcional, perigo deve ser atual, a proporcionalidade das medidas adotadas e a não discriminação, de modo que as medidas restritivas não sejam discriminatórias e iguais a todos além da compatibilidade com as normas internacionais (VENTURA, 2009, p. 47).

Dessa forma, a situação emergencial de saúde pública requer atenção na tomada de decisões que impliquem medidas restritivas de direitos, tais leis que restringem direitos, liberdades e garantias encontram-se limitadas a princípios constitucionais como da proibição do excesso, da proporcionalidade, igualdade e, legalidade que servem de parâmetros para que se possa evitar arbitrariedade e discriminações a população mais vulnerável da pandemia do covid-19, como no caso dos idosos.

3 O IMPEDIMENTO DA POPULAÇÃO IDOSA DO DIREITO AO TRANSPORTE PÚBLICO MUNICIPAL DURENTE A PANDEMIA

Com a pandemia, pode-se verificar uma mudança na rotina dos cidadãos e novos desafios a serem superados, tudo isso devido a uma série de medidas de proteção que visam à tutela do direito à saúde e que tiveram que ser impostas para conter o novo coronavírus, o isolamento e distanciamento social, a quarentena, sobretudo, restrições aos direitos fundamentais, principalmente a limitação à livre circulação das pessoas, garantidos pela Constituição da República de 1988, que está em pleno vigor.

Igualmente, a questão principal em um contexto de pandemia envolve a crisesanitária, para solucionar a situação atual, é necessário buscar respostas dentro do Estado de Direito, principalmente, respaldar-se nos preceitos e valores constitucionais, dignidade da pessoa humana, cidadania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, os quais constituem fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Importante mencionar que a pandemia enquadra-se em uma situação emergencial, a fim de voltarmos à situação anterior e cessar o dano à saúde pública causada pelo novo coronavírus, há

necessidade de cooperação mútua entre sociedade e o Estado, bem como, as ações e estratégias do país devem seguir de forma coordenada.

As políticas públicas, voltadas a saúde, com ações estratégicas e científicas, demonstram-se essenciais para voltarmos à situação anterior, com restabelecimento da normalidade. Sobre o tema: “No exercício das competências administrativas, os entes federativos devem primar por uma atuação cooperada, mas havendo divergências entre as medidas empregadas, sobretudo as medidas de quarentena, devem predominar aquelas que estiverem mais bem fundamentadas em critérios científicos” (MAFFINI, 2020, p. 24).

O parâmetro constitucional e legal para os agentes públicos deve ser buscado na comunidade científica comprometida e responsável, somente a ciência poderá definir o que é essencial no contexto da pandemia, o que há necessidade de restrição e o que seria excessivo de proibição ou ainda, o que seria inefetivo para reduzir o dano causado pelo novo corona vírus, buscando cumprir o interesse público (BEVILÁQUA; CALDAS, 2020, p. 52).

Além disso, como bem destaca Luiz Alberto Segalla Beviláqua e Tania Alencar de Caldas (2020, p. 52) a nossa Constituição da República dispôs de instrumentos para eventual restrição de direitos no contexto de pandemia. Todavia, atenção deve ser mantida aos decretos inábeis, somente o que nosso texto constitucional autorizaria.

Nesse contexto, podemos observar que diferentes ações e estratégias estão sendo implementadas por agentes públicos que editam decretos com objetivo de conter a contaminação do coronavírus. As medidas restritivas têm sido objeto de muita controvérsia, pois se trata de um novo cenário no ordenamento jurídico e que, nos faz refletir a importância do papel do Estado para por fim na situação emergencial.

Dentre as medidas impostas por decretos estaduais e municipais que estão sendo objeto de controvérsia no Poder Judiciário, a restrição e/ou impedimento de pessoas idosas maiores de 65 anos que possuem direito ao acesso gratuito aos transportes coletivos municipais, por tempo indeterminado até que cesse a situação emergencial da pandemia.

A pandemia do covid-19 trouxe impacto muito grande a todos os cidadãos, mas especialmente aos idosos, pois eles são considerados os mais vulneráveis a contaminação do novo coronavírus. Esse fato levou prefeitos e governadores a suspenderem uma série de direitos fundamentais e direitos da personalidade dos idosos como: acesso ao supermercado, direito de locomoção, uso do transporte coletivo, além de atividades essenciais como ir ao banco, supermercado, farmácias.

Ocorre que, no caso específico de restrição do acesso de idosos ao transporte público há uma garantia constitucional, disposto no §2º o seguinte: “Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos” (BRASIL, 1988).

Além da previsão constitucional, o Estatuto do Idoso que dispõe acerca de direitos assegurados as pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, coloca um capítulo destinado ao transporte e em seu art. 39, parágrafo colcoa o seguinte disposto: “Para ter acesso à gratuidade, basta que o idoso apresente qualquer documento pessoal que faça prova de sua idade” (BRASIL, 2003).

No contexto de uma situação emergencial, os direitos fundamentais podem ser restritos, considerando que no ordenamento jurídico brasileiro, não há direito absoluto, isto se deve a observância das próprias regras de um estado democrático de direito, as quais preveem limites até mesmo a um direito fundamental. Nesse sentido, destaca Ingo Wolfgang Sarlet (2020): “a tomada de medidas mais rigorosas, que, por sua vez, implicam a restrição, em nível mais acentuados, de alguns direitos e garantias fundamentais, tudo condicionado também a um controle igualmente mais vigilante de sua consistência jurídica e dos respectivos critérios”.

No entanto, a Lei Federal nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020, coloca parâmetros a serem seguidos nos casos de medidas que visam combate ao novo coronavírus: § 1º “As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública” (BRASIL, 2020), ou seja, todas as medidas para enfrentamento da pandemia devem ser fundamentadas em estudos técnicos e científicos.

Assim a restrição imposta a direitos fundamentais assegurados no texto constitucional durante a pandemia deve ser fundamentada em estudos técnicos e científicos, há necessidade da medida ser proporcional e razoável, como também seguir as recomendações internacionais como a Organização Mundial da Saúde e internas da Agência Nacional de Vigilância.

Sobre esse ponto, cabe destacar a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, decidiu acerca da medida imposta pelo Município de Santo André conforme o Decreto Municipal nº 17.334 de 2020, desde 24 de março as pessoas com mais de 60 anos só poderiam usar o transporte público em horário restrito, das 9h às 16h.

O Ministério Público, neste caso, questionou o decreto, através de Ação Civil Pública, fundamentando-se que fere os direitos e liberdades da população idosa (BRASIL, 2020), na qual a decisão destacou o seguinte:

“[...] “Ao determinar a cassação de direito tão básico, em virtude da declarada pandemia, está-se em verdade, e a princípio, privando os idosos mais vulneráveis de modalidade comum de acesso aos locais e aos serviços que tanto necessitam para sua sobrevivência, em disparidade com todo o restante da população”.

Ainda sobre esse Decreto Municipal nº 17.334/20, que restringia à circulação de pessoas de mais de 60 anos de idade no Município de Santo André, a questão chegou ao Supremo Tribunal, sob fundamento que esse decreto tinha única finalidade impedir a disseminação do novo coronavírus. O Ministro presidente decidiu que as medidas de enfrentamento de uma pandemia devem ocorrer de forma coordenada, orientadas pelo Ministério da Saúde, além disso devem ser fundadas em parecer técnico e emitido pela ANVISA, o que no caso em análise carece de tal recomendação (BRASIL, 2020).

O direito da personalidade, em especial o direito de locomoção, não pode ser impedido somente em critério político administrativo, tais decretos mencionados, não obedeceram o critério da fundamentação em estudos técnicos e científicos, quais sejam, recomendação pela ANVISA e da Organização Mundial da Saúde (OMS) essenciais para legitimar tais decisões.

A recomendação dada pelo Ministério da Saúde em relação às pessoas com mais de 60 anos de idade, foi de evitar o uso de transporte público e não de impedir seu direito, conforme disposto pela Portaria nº 454/2020 do Ministério da Saúde que dispõe: “Art. 4º As pessoas com mais de 60 (sessenta) anos de idade devem observar o distanciamento social, restringindo seus deslocamentos para realização de atividades estritamente necessárias, evitando transporte de utilização coletiva (...)”.

Além disso, há uma recomendação da Agência Nacional de Transportes Terrestres para conter o avanço da pandemia do covid-19 específica para idoso que é procurar evitar o transporte público em horários de pico e para empresas de manter ônibus limpos e higienizados além de disponibilizar álcool em 70% para os motoristas e passageiros.

Desta forma, as recomendações às pessoas idosas, dadas pelos órgãos competentes do Ministério da Saúde e Agência Nacional de Transportes Terrestres são de conscientização e demonstram-se como recomendações a serem seguidas pelos idosos e, não proibição total de direito tão essencial como, a garantia da gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

Além deste decreto, outros foram sendo implementados no contexto da pandemia, sob justificativa de tratarem-se de medidas excepcionais para enfrentamento da covid-19, mas que acabaram por suspender muitas das vezes o único meio de locomoção de muitos idosos que necessitam do transporte público para atender as suas necessidades básicas como ir ao médico, hospital, supermercado, farmácia, sobretudo os decretos não apresentaram outras alternativas a população idosa nesses casos, mais vulnerável, se veem desamparadas.

A presente pesquisa apresenta uma tabela, na qual evidencia as cidades de Belo Horizonte, Campinas, Joinville, Porto Alegre e Teresina e seus respectivos decretos municipais que restringiram os idosos ao direito de gratuidade de transporte público municipal durante a pandemia.

Coloca em destaque a data início das restrições e data final, além do total de dias, além disso, se a restrição foi apenas em determinados horários (parcial) ou se foi independentemente de horários estabelecidos (total).

Tabela 1 – Decretos municipais que restringiram o direito à gratuidade no transporte coletivo durante a pandemia

Cidade	Decreto Munic.	Data início da restrição	Data fim da restrição	Total de dias	Restrição total/parcial
Belo Horizonte	nº 17.332/2020	16/04/2020	25/05/2020	39 dias	Parcial
Campinas	nº 20.782/2020	21/05/2020	09/10/2020	141 dias	Total
Joinville	nº 38.520/2020	25/06/2020	01/09/2020	68 dias	Total
Porto Alegre	nº 20.625/2020	24/06/2020	26/10/2020	124 dias	Parcial
Teresina	nº 19.541/2020	23/03/2020	18/09/2020	179 dias	Total

Fonte: Elaboração própria, 2020.

Ao observar a pesquisa acima detalhada, pode-se verificar que, muitos decretos municipais de restrição de circulação de pessoas idosas foram sendo implementados sob justificativa de enfrentamento de impedir disseminação do covid-19, mas que autorizaram a restrição do direito de ir e vir da população idosa, sem que, apresentassem alternativas, para esta população que moram sozinhas possuem sua autonomia e dependem do transporte público gratuito para sobrevivência.

Em alguns casos, como no município de Teresina, os idosos ficaram por cerca de 179 dias com impedimento total de meio de locomoção por transporte público municipal, sem apresentar outras alternativas, o que acabou por atingir somente os mais pobres e vulneráveis que dependiam desse meio de locomoção para sobreviver, seja para trabalhar ou até mesmo para ao hospital, médico, farmácia, banco, atividades primordiais a sua sobrevivência, ficaram impedidos de exercerem direitos básicos.

Dessa maneira, as medidas restritivas, voltadas somente a população idosa, não se demonstram razoáveis nem eficazes, uma vez que, retira o transporte público dos mais pobres e admite utilização de outros meios de locomoção.

Com a tabela pode-se verificar, nos municípios de Campinas, Joinville e Teresina o impedimento foi total, ou seja, proibição total do direito de locomoção dos idosos, no caso do município de Joinville que determinou o isolamento domiciliar a toda pessoa com idade igual

ou superior a 60 (sessenta) anos para evitar disseminação do covid-19 entre a população idosa, sem apresentar outras alternativas.

O impedimento do idoso a gratuidade do transporte público acaba por evidenciar um critério econômico, ou seja, beneficia mais a manutenção do equilíbrio econômico do contrato do que, à saúde das pessoas idosas, como bem destaca o desembargador Marrey Uint (BRASIL, 2020):

Não se está, então “protegendo-os”, ao retirá-los do transporte público, mas sim garantindo que aqueles que possuem recursos possam se locomover de outras maneiras, e aqueles mais pobres não. O critério estabelecido, portanto, passaria a ser econômico, gerando discriminação desproporcional: à medida que se pretendia protetiva se torna meio de cerceamento de direitos fundamentais de pessoas absolutamente vulneráveis.

Outro ponto que, pode-se verificar com a pesquisa é que as restrições ao transporte público gratuito a pessoas idosas por tempo indeterminado, ou seja, sem estipular uma duração de dias e, que colocam como parâmetro até cessar a pandemia, não se demonstraram razoável e constituem em uma medida desproporcional, pois o §1º do art. 3 da Lei nº 13.979/20 estabelece que as medidas restritivas de direitos devem ser limitadas no tempo mínimo indispensável a tutela da saúde.

As políticas públicas de saúde, na situação emergencial, devem priorizar ao máximo a manutenção de direitos, sobretudo dos mais vulneráveis, como os idosos, nos casos em que houver a necessidade de restrição de direitos fundamentais que sejam realizados por tempo determinado e que, apresente alternativas para a população idosa manter sua dignidade e autonomia privada.

De outro lado, os decretos municipais que restringem o acesso de idosos ao transporte público gratuito acarretam na violação do direito à locomoção, constituem medidas desproporcionais, pois não apresentam alternativas para que os idosos mais vulneráveis e pobres, mantenham suas atividades essenciais, sua autonomia privada e dignidade.

A gratuidade legal ao transporte público é direito constitucional assegurado ao idoso que só pode ser impedido em situações excepcionais, no caso da restrição do acesso gratuito ao transporte público, durante a pandemia para proteger seu direito à saúde, pode-se recomendar aos idosos de não utilizarem em horários de picos.

Nesse sentido, tal medida estaria razoável e amparada em recomendações da Agência Nacional de Vigilância e Organização Mundial da Saúde que apenas orientam a pessoas idosas a evitar o uso de transporte público e não a restringi-los totalmente seu direito de gratuidade.

Desse modo, a dignidade da pessoa humana, o princípio da isonomia, a não discriminação e a proporcionalidade nas medidas restritivas parecem ser parâmetros constitucionais das políticas públicas voltadas ao combate da pandemia do covid-19. Sendo que, o impedimento total de idosos de acesso ao transporte público gratuito tende a privar seus direitos, ao invés de protegê-los durante a pandemia além de caracterizar-se violação a sua gratuidade legal.

Assim por tempo indeterminado tais medidas que impedem o direito ao acesso ao transporte público gratuito do idoso, acabam por não protegerem as pessoas idosas e, tende a cassar seus direitos, sob fundamento de encontrarmos em uma situação emergencial, o critério passa a ser econômico e gera uma discriminação desproporcional.

Por fim, diante da excepcionalidade da pandemia do covid-19, as medidas restritivas, estabelecidas por meio de decretos, como o caso, da restrição ao transporte público gratuito aos idosos, para que sejam consideradas legítimas, devem ser proporcionais, fundamentadas na recomendação interna da Agência Nacional de Vigilância e internacional da Organização

Mundial da Saúde, além disso, tais medidas devem ser excepcionais e, com prazo determinado, para que estejam enquadradas dentro dos limites impostos pelo Estado de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia trouxe inúmeros desafios a serem superados pela humanidade, dentre eles, uma crise sanitária mundial e econômica, mas também trouxe repercussões no campo do direito com uma série de restrições a direitos, liberdades e garantias a fim de tutelar o bem-estar coletivo, as pessoas, tiveram que se adaptar a uma nova realidade com isolamentos, quarentenas, restrições.

Diante desse cenário, cada país adotou ações e estratégias de acordo com a situação econômica e social, com a finalidade de conter os níveis de contágio do novo vírus. Sendo que, no caso do Brasil, os estados e municípios foram considerados como competentes a tomada de decisões para enfrentamento da pandemia, após entendimento dado pelo Supremo Tribunal Federal, o que fez com que repercutisse, em vários decretos municipais e estaduais restritivos de direitos, com a finalidade de conter o novo vírus.

A situação atual de pandemia e surto do coronavírus é emergencial e excepcional, nesse contexto, admite a possibilidade de restrição de direitos e garantias, tendo em vista que, nenhum direito no ordenamento jurídico pátrio é considerado absoluto, mas as limitações devem estar expressamente previstas pela Constituição da República.

Acontece que, as medidas restritivas de direitos que visam o enfrentamento da atual pandemia destinaram principalmente a população idosa, pois estão mais vulneráveis ao contágio e risco de morte pela doença. A partir de pesquisa documental de alguns decretos municipais que visaram enfrentamento da pandemia, verificou-se que, algumas medidas restritivas impostas pelos municípios, não se respaldaram nos limites estabelecidos pelo Estado de Direito.

Assim, pode-se verificar, por exemplo, a medida de restrição do acesso de idosos ao transporte público gratuito, dispostas em alguns decretos municipais, em primeiro momento que se buscava protetiva, na realidade, privou os idosos mais vulneráveis e mais pobres, da mobilidade comum que tantos necessitam para manter suas atividades essenciais. Sem apresentar alternativa, os idosos se viram impedidos de exercer direitos básicos como ir ao banco, supermercado, farmácias.

Nesse sentido, a presente pesquisa pretendeu responder a seguinte problematização: pode o município, através de decreto restringir o acesso de idosos ao transporte público gratuito? O impedimento total do idoso ao transporte público gratuito viola os direitos da personalidade dos idosos?

Desse modo, a resposta à primeira pergunta é afirmativa, os municípios podem restringir direitos, liberdades e garantias, desde que o façam com parâmetros constitucionais, bem como, fundamentados por lei, especial a Lei nº 13.979/2020, baseando-se em estudos técnicos e científicos e recomendação técnica e fundamentada da ANVISA – Agência Nacional de Vigilância. A segunda resposta também é afirmativa, especialmente, quando o poder público coloca suspensão somente aos direitos dos idosos, privando-os em disparidade com a população.

Igualmente, verificou-se que uma política pública de conscientização do risco de vida que o novo coronavírus representa as pessoas com igual ou superior a 60 anos de idade, demonstra-se muito mais razoável, do que apenas restringir por completo e por prazo indeterminado, um direito tão básico e essencial, como o acesso gratuito ao transporte público.

Por fim, caso o Estado, diante de uma situação emergencial, como a pandemia de coronavírus, vise à tutela da saúde pública e estabeleça políticas restritivas de direitos, liberdades e garantias, deve-se fazer de modo a preservar princípios que orientam o Estado de Direito, limitado pelo que estabelece a Constituição da República.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção: [Homo Sacer, II, I]**. Boitempo Editorial, 2015.
- AGAMBEN, Giorgio. O estado de exceção provocado por uma emergência imotivada. **Revista IHU Online**, 2020. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596584-o-estado-de-excecao-provocado-por-uma-emergencia-imotivada>>. Acesso em 01 de nov. 2020.
- BELO HORIZONTE. **Decreto nº 17.332**, de 16 de abril de 2020. Torna obrigatório o uso de máscaras, restringe o acesso de clientes em estabelecimentos comerciais durante a Situação de Emergência em Saúde Pública no Município e dá outras providências. Belo Horizonte. Câmara Municipal. 2020. Disponível em: <<http://portal6.pbh.gov.br/dom/iniciaEdicao.do?method=DetalheArtigo&pk=1227955>>. Acesso em: 29 de out. 2020.
- BENSIMON, Cécile M.; UPSHUR, Ross. Evidence and effectiveness in decisionmaking for quarantine. *Am J Public Health*, Apr. 2007. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1854977/>. Acesso em: 2 abr. 2020.
- BEVILACQUA, Luiz Alberto Segalla; DE CALDAS CALDAS, Tania Alencar. Os direitos constitucionais em tempos de pandemia. *Teoria & Prática: Revista de Humanidades, Ciências Sociais e Cultura*, v. 2, n. 1, p. 38-55, 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 454, de 20 de março de 2020**. Declara, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus (covid-19). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/prt454-20-ms.htm>. Acesso em 01 de nov. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 10.741, 1 de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília: DF, outubro de 2003.
- BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. 6 fev. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em: 31 de out. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de tutela provisória 175 São Paulo. Distrito Federal. Relator Ministro Dias Toffoli. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441708>. Acesso em 02 de nov. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus

responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 20 de out. 2020.

CAMPINAS. Decreto nº 20.782, de 21 de março de 2020. Declara situação de calamidade pública, estabelece regime de quarentena no Município de Campinas, e define outras medidas para o enfrentamento da pandemia decorrente do Coronavírus (COVID-19). Campinas. Secretaria Municipal de Assuntos Jurídicos. 2020. Disponível em: <<https://bibliotecajuridica.campinas.sp.gov.br/index/visualizaratualizada/id/135456>>. Acesso em 29 de out. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALCANTI, Maria de Lourdes Araújo; MOTTA, Ivan Dias; PRUX, Oscar Ivan. A luta por uma personalidade reconhecida: paulo roque e o direito de existir num contexto biopolítico. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, v. 7, n. 2, p. 252-283, 2019.

DA COSTA DOURADO, Simone Pereira. A pandemia de COVID-19 e a conversão de idosos em “grupo de risco”. *Cadernos De Campo (São Paulo 1991)*, v. 29, n. supl, p. 153-162, 2020.

FEREJOHN, John, PASQUALINO, Pasquale. The law of the exception: A typology of emergency powers. *Oxford University Press and New York University School of Law* 2004, 210 I.CON, Volume 2, Number 2, 2004, pp. 210-239. p. 212.

FERRAJOLI, Luigi. O Que Nos Ensina o Coronavírus?. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, v. 8, n. 15, p. 7-11, 2020.

FREITAS, Jucycler Ferreira; CÂNDIDO, Estelita Lima; RODRIGUES, Sandra Maria Bezerra. Repercussões sobre a legislação e o exercício dos direitos fundamentais individuais na pandemia por covid-19. *Diálogos Interdisciplinares*, v. 9, n. 3, p. 174-181, 2020.

HABERMAS, Jürgen. A solidariedade é a única cura. Instituto Humanitas Unisinos, 13.04.2020. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597983-asolidariedade-e-a-unicacura-entrevista-com-juergen-habermas>>. Acesso em 08 de out. 2020.

JOINVILLE. **Decreto nº 38.520 de 23 de junho de 2020**. Determina o isolamento domiciliar de pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta anos) e estabelece medidas adicionais para enfrentamento da pandemia de covid-19. Prefeitura de Joinville. 2020. Disponível em: <https://sei.joinville.sc.gov.br/sei/publicacoes/controlador_publicacoes.php?acao=publicacao_visualizar&id_documento=10000007170170&id_orgao_publicacao=0>. Acesso em 29 de out. 2020.

MAFFINI, Rafael Da Cás. COVID-19: análise crítica da distribuição constitucional de competências COVID-19: A critical analysis of the constitutional division of powers. *Revista Direito e Práxis*, abr. 2020. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49702/33142>>. Acesso em: 28 out. 2020.

NUÑEZ, Pedro. Desigualdades educativas em tempos de coronavirus. **Lavanguardia**. 14 de abril. 2020. Disponível em <http://www.lavanguardiadigital.com.ar/index.php/2020/04/14/desigualdades-educativas-en- tiempos-de-coronavirus/>>. Acesso em 28 de out. 2020.

OLIVEIRA, Wanderson, et al. (2020). “Como o Brasil pode deter a COVID-19”. **Revista Epidemiologia, Serviço Social e Saúde**. vol. 2, n. 29, p.1-8, 2020.

OTERO, Cleber Sanfelici; DE SOUZA MASSARUTTI, Eduardo Augusto. Em Conformidade com o Direito Fundamental à Saúde Previsto na Constituição Brasileira de 1988, É Possível Exigir do Estado a Prestação de Fosfoetanolamina Sintética para Pessoas com Câncer?. **Revista Jurídica Cesumar-Mestrado**, v. 16, n. 3, p. 847-876, 2016.

PEREIRA, Felipe. Coronavírus: SP avalia usar polícia para fiscalizar idosos que saem às ruas. **Notícias Uol**. 26 de mar. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/03/26/coronavirus-sp-avalia-usar-policia-para-fiscalizar-idosos-que-saem-as-ruas.htm>>. Acesso em 01 de nov. 2020.

PORTO ALEGRE. **Decreto nº 20.625 de 23 de junho de 2020**. Decreta o estado de calamidade pública e consolida as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo Coronavírus (COVID-19), no Município de Porto Alegre. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/rs/p/porto-alegr e>>. Acesso em 29 de out. 2020.

RODRIGUES, Leticia. Conheça as 5 maiores pandemias da história. **Galileu (Revista)**, Rio de Janeiro, Editora Globo. 29 de março. 2020. Disponível em: < <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2020/03/conheca-5-maiorespandemias- da-historia.html>>. Acesso em: 26 de out. 2020.

ROMANO, Rogério Tadeu. A circulação de idosos durante a pandemia. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 25, n. 6161, 14 maio 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/81417>. Acesso em: 4 nov. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais em tempos de pandemia. **Revista Consultor Jurídico**. Mar. 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-mar- 23/direitos-fundamentais-direitos-fundamentais-tempos-pandemia>>. Acesso em 01. nov. 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorena Roberta Barbosa. Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. **Revista direitos sociais e políticas públicas (UNIFAFIBE)**, v. 5, n. 1, p. 105-122, 2017.

SIQUEIRA, D. P.; FRANCISCHINI, M. C. L. . Acesso à justiça, direitos da personalidade e do idoso: as políticas Públicas e os direitos sociais como instrumentos concretizadores dos Direitos da personalidade do idoso. In: Conselho Nacional de Pós Graduação em Direito (CONPEDI). Acesso à justiça I [Recurso eletrônico on-line]-CONPEDI/ Florianópolis - SC: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 243-272. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=172>. Acesso em 10 nov. 202

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; MOTTA, Ivan Dias; DE MENEZES MENDONÇA, Sandra Maria. A segurança jurídica dos direitos econômicos, sociais, e culturais ante as políticas de um modelo de Estado liberal. **Revista Húmus**, v. 9, n. 26, 2019.

SUNSHINE, Gregory.; BARRERA, Nancy.; CORCORAN, Aubrey Joy. Emergency Declarations for Public Health Issues: Expanding Our Definition of Emergency. **The Journal of Law, Medicine & Ethics**. 2019.

STURZA, Janaína Machado; TONEL, Rodrigo. Os desafios impostos pela pandemia covid-19: das medidas de proteção do direito à saúde aos impactos na saúde mental. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, Fortaleza, v. 18, n. 29, p. 1-27, set. 2020.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima.; AITH, Fernando Mussa Abujamra.; RACHED, Danielle Hanna. A emergência do novo coronavírus e a “lei de quarentena” no Brasil. **Revista Direito e Práxis**, 2020.

VENTURA, Deisy. “Pandemias e estado de exceção”. In: Marcelo Catoni e Felipe Machado. (Org.). **Constituição e processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror**. Belo Horizonte, MG: Del Rey/IHJ, p. 159-181, 2009.

VOMMARO, Pablo A. O mundo em tempos de pandemia: certezas, dilemas e perspectivas. **Revista Direito e Práxis**, 2020.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA ENQUANTO
INSTRUMENTO DE FORMALIZAÇÃO DA PROPRIEDADE:
POSSIBILIDADES PARA O DESENVOLVIMENTO
SUSTENTÁVEL

EDUARDO VIEIRA
MARLENE KEMPFER

VOLUME 12 | NÚMERO 1 | JAN/JUN 2021

A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA ENQUANTO INSTRUMENTO DE FORMALIZAÇÃO DA PROPRIEDADE: POSSIBILIDADES PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

THE URBAN LAND REGULARIZATION AS A PROPERTY FORMALIZATION INSTRUMENT: POSSIBILITIES FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Recebido: 12/01/2021
Aprovado: 22/05/2021

Eduardo Vieira¹
Marlene Kempfer²

RESUMO:

Esta pesquisa trata da regularização fundiária urbana sob o viés econômico, relacionando-a com os aspectos jurídicos que formalizam a propriedade privada na qualidade de capital ativo. Mais do que um direito subjetivo cujo exercício é fundamental para garantir a dignidade, a qualidade de vida, a inclusão social e a cidadania da população urbana, a regularização fundiária no âmbito das cidades é também importante instrumento de formalização do capital. A legalização dos assentamentos e ocupações irregulares nos centros urbanos transforma propriedades informais em ativos, promovendo sua inserção na formalidade do mundo jurídico. Nesta condição e se acompanhada de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento urbano sustentável e inclusivo, gera riqueza e contribui para a erradicação da miséria e desenvolvimento econômico dos municípios.

Palavras-chave: Regularização fundiária urbana. Assentamentos e ocupações irregulares. Capital morto. Formalização. Ativos.

K25, K32

ABSTRACT:

This paper deals with the urban land regularization under the economic view, relating it to the legal aspects that formalize private property as active capital. More than a subjective right whose exercise is fundamental to guarantee the dignity, quality of life, social inclusion and citizenship of the urban population, land regularization is also an important instrument for the formalization of capital. The legalization of settlements and irregular occupations in urban centers turns informal properties into assets, promoting their insertion in the formality of the legal world. Thus, if accompanied by public policies aimed at sustainable and inclusive urban development, it generates wealth and contributes to the eradication of poverty and economic development in the cities.

Keywords: Urban land regularization. Settlements and irregular occupations. Dead capital. Formalization. Assets.

¹ Doutorando Mestrando em Direito Negocial e pós-graduado em Direito do Estado, ambos pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá – UEM/PR. E-mail: eduardovieira.uem@gmail.com.

² Doutora em Direito do Estado – Direito Tributário, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora dos programas de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR e da Universidade de Marília – UNIMAR/SP. E-mail: mkempferb@gmail.com

INTRODUÇÃO

O problema fundiário nos centros urbanos brasileiros vem de longa data, consistindo em um dos mais tormentosos empecilhos para o desenvolvimento urbano sustentável. Segundo a última Pesquisa de Informações Básicas Municipais (MUNIC), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (2017), dos 5570 municípios brasileiros, 3374, ou seja, 60,6% do total, registraram a presença de loteamentos irregulares e/ou clandestinos em seus territórios; outros 952, que correspondem a 17,2% dos municípios brasileiros, sofriam com favelas, mocambos, palafitas ou assemelhados; além disso, 724 municípios - 13,0% do total - registraram a existência de ocupações de terrenos ou prédios por movimentos de moradia; e, por fim, em 684 municípios, número correspondente a 12,3% do total, foi verificada a existência de cortiços, casas de cômodos ou cabeças-de-porco.

As consequências sociais e econômicas decorrentes das ocupações irregulares e/ou clandestinas, fruto da exclusão socioespacial característica do processo de urbanização latino-americano, são muitas: miséria, marginalização, insegurança, dano ambiental, crescimento urbano precário e desordenado, dentre outros flagelos de nosso tempo. A informalidade das ocupações irregulares, via de regra assoladas pela desgraça da submoradia, viola o direito fundamental à moradia e o supraprincípio da dignidade da pessoa humana.

Outra consequência perversa ocasionada pela informalidade na ocupação dos espaços urbanos são os assentamentos e ocupações irregulares formados por imóveis sem registro imobiliário, constituindo, dessa forma, nos termos de Hernando de Soto (2001), no chamado capital morto. Tratam-se de bens que, inobstante existirem materialmente, sob perspectiva jurídica são formalmente inexistentes, razão pela qual não são considerados bens com conteúdo econômico no âmbito da economia do Estado em que estão localizados.

A ausência de registro e formalização jurídica dos bens imóveis é um problema grave, porquanto nesta condição não podem ser usados como garantia real em operações de crédito; sujeitam-se a restrições quanto à obtenção de licenças dos órgãos públicos para construção de edificações e benfeitorias; não podem ser formalmente alienados, dentre outras limitações. A insegurança jurídica que ronda bens nesta situação corrói o seu valor, tornando-os subvalorizados, circunstância que esvazia o patrimônio dos proprietários de tais bens - normalmente pessoas pobres - auxiliando na manutenção do já dramático quadro de miséria e marginalização em que estão inseridos.

Argumenta-se que a regularização fundiária nos centros urbanos é essencial não apenas para garantir dignidade, inclusão, cidadania, qualidade de vida e acesso ao direito à cidade às populações menos favorecidas, mas também providência fundamental para melhorar as condições materiais e, por conseguinte, de vida de tais setores sociais ao lhes outorgar juridicamente a propriedade de bens que, a partir de então, ingressarão na economia formal, circunstância que contribui também para o desenvolvimento socioeconômico sustentável do País.

A pesquisa apresentada neste artigo foi organizada em dois capítulos. No primeiro, discorre-se sobre o problema da questão fundiária nos centros urbanos do Brasil e correspondentes consequências a ele associadas, as quais são concomitantemente causa e efeito da situação de miséria e exclusão social em que vive grande parte da população brasileira. No segundo, trata-se especificamente da importância da busca de soluções para a questão fundiária urbana em nosso País, com destaque para um dos efeitos positivos decorrentes da eventual solução do problema e ponto central do trabalho: a formalização da propriedade imóvel para incorporação de capital à economia, com consequências positivas tanto para os proprietários quanto para o Estado.

Trata-se de estudo fruto de pesquisa bibliográfica e análise de dados fornecidos pelo IBGE, por meio do método dedutivo.

1 O PROBLEMA DA QUESTÃO FUNDIÁRIA URBANA NO BRASIL

A rápida industrialização do Brasil durante o Século XX carregou consigo um intenso processo de urbanização, levado a cabo em poucas décadas, consequência do êxodo rural decorrente da necessidade massiva de mão de obra por parte da incipiente indústria nacional. Nessas circunstâncias, “o espaço urbano foi visto como opção para essa população, que esperava encontrar no novo ambiente, condições melhores de vida.” (ARAUJO JR.; GROCHOSKI, 2018, p. 144). Se em 1960 a população que vivia em cidades correspondia a 44,7% do total de habitantes do País, em 2000 esse percentual saltou para 81,2% (FERNANDES, 2006, p. 4).

O vertiginoso e caótico processo de urbanização brasileiro teve como consequência o crescimento desenfreado e desordenado das cidades, o que ocasionou grande parte dos problemas urbanos de nosso País. As cidades tornaram-se ambientes inóspitos, sobretudo para as populações mais vulneráveis, vez que a ocupação dos espaços urbanos ocorrida no bojo do acelerado processo de urbanização brasileiro reproduz a lógica de concentração de renda e exclusão social própria do processo de industrialização que ocorreu por aqui. O espaço dos menos favorecidos nas cidades é o mesmo que ocupam nas fábricas em que trabalham: aquele que não serve aos mais abastados. Nesse sentido:

Tal processo de urbanização rápida no Brasil, como de resto na maioria dos países em desenvolvimento, também tem-se caracterizado desde o início pela combinação entre os processos de exclusão social e segregação espacial. Mais recentemente, a combinação entre a alta taxa de urbanização e o aumento da pobreza social tem levado ao fenômeno crescente da urbanização da pobreza. Os impactos socioambientais desse processo têm sido equiparados às consequências de enormes desastres naturais dos quais – ainda – o país tem sido poupado. (FERNANDES, 2006, p. 4).

Em vista do acelerado processo de urbanização ocorrido no Brasil, a capacidade de o Estado oferecer serviços públicos urbanos não foi (e ainda não é) suficiente para atender adequadamente toda a população que chegou às cidades. Os locais situados mais próximos de onde estão instalados tais serviços são mais valorizados e, por conseguinte, ocupados pela parcela mais rica da população. Os mais necessitados, por sua vez, não podem pagar para viver próximos das localidades bem servidas por infraestrutura urbana, sendo então obrigados a se instalar nas periferias das cidades, normalmente em locais desprovidos de infraestruturas e serviços públicos essenciais, a exemplo de saneamento básico, pavimentação, áreas de lazer, energia elétrica, internet, postos de saúde, bibliotecas, creches e escolas, dentre dezenas de outras facilidades e serviços. Percebe-se que

O acesso a serviços urbanos tende a privilegiar determinadas localizações em medida tanto maior quanto mais escassos forem os serviços em relação à demanda. Em muitas cidades, a rápida expansão do número de seus habitantes leva esta escassez a nível crítico, o que exacerba a valorização das poucas áreas bem servidas. O funcionamento do mercado imobiliário faz com que a ocupação dessas áreas seja privilégio das camadas de renda mais elevada, capaz de pagar um preço alto pelo direito de morar. A população mais pobre fica relegada às zonas pior servidas e que, por isso, são mais baratas. (SINGER, 1982, p. 27).

A situação é agravada pelo fato de que o baixo nível de renda das populações que habitam as periferias não permite que possam contribuir de forma significativa para as finanças públicas municipais, em que pese demandarem fortemente do Poder Público o atendimento de suas necessidades. Mesmo diante das pressões advindas dos estratos sociais mais pobres, os municípios, combatidos financeiramente desde sempre sobretudo pelo federalismo fiscal mal concebido pelo Estado brasileiro, acabam privilegiando as classes mais abastadas na

prestação dos serviços públicos urbanos, reservando àqueles infraestruturas urbanas e serviços precários, situação que acaba contribuindo para manter o panorama de exclusão socioespacial (CANO, 1989, p. 76-77).

Os impactos dessa situação no quadro socioeconômico brasileiro são absolutamente desastrosos. A exclusão socioespacial produz um ambiente de marginalização extrema, que nega por completo aos menos afortunados o direito à cidade. Sem amparo, os bairros periféricos tornam-se áreas férteis para a reprodução das mais terríveis mazelas que assolam o Brasil, tais quais a criminalidade, a drogadição e o desemprego, instalando um cenário de total falta de perspectiva.

Diante desse cenário de negação dos mais elementares direitos individuais às populações mais pobres que vivem nas cidades, não é difícil perceber que a ordem jurídica não alcança nenhum aspecto da vida destas camadas sociais, o que inclui os direitos sobre o próprio solo que ocupam.

Conforme registro na introdução desta pesquisa, mais de 60% dos municípios possuem loteamentos irregulares e/ou clandestinos, ao passo que 17% deles têm favelas em seu território. Para se ter uma ideia do problema, o percentual de moradores de favelas no município de Belo Horizonte alcança 20% do total da população, saltando para mais 40% em cidades como Recife e Salvador (FERNANDES, 2006, p. 62-63). A esmagadora maioria das ocupações em loteamentos clandestinos é formada por pessoas de classes sociais menos favorecidas, sendo praticamente a totalidade no caso de favelas.

Assevera Nalini (2014, p. 6) que “a informalidade das submoradia compromete a dignidade das pessoas. Elas não têm como fruir do seu direito à cidade e, portanto, nem são efetivamente cidadãs”. Os assentamentos informais são causa e efeito da miséria e da marginalização. Ao mesmo tempo que impõem as condições para a reprodução destas, seu surgimento e desenvolvimento decorre diretamente delas; tratam-se de verdadeiras “fábricas” de pobreza e exclusão social que se retroalimentam em um ciclo pernicioso.

Os consectários perversos da lógica do capitalismo, que em relação à propriedade imóvel urbana originam-se da especulação promovida pelo mercado imobiliário, são os maiores culpados pela exclusão socioespacial que ocorre nas cidades, em conformidade com Singer (1982, p. 36). Entretanto, não parece que as externalidades negativas decorrentes da ação do mercado imobiliário seja a única causa dos problemas atinentes à questão fundiária urbana no Brasil. O Estado tem a sua parcela de culpa, até porque as ocupações irregulares refletem a omissão do Poder Público na formulação de políticas públicas aptas a suprir as necessidades coletivas no que diz respeito ao direito à moradia (VIANA; SALEME, 2019, p. 26).

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um marco jurídico-urbanístico em nosso País, posteriormente consolidado pelo Estatuto da Cidade, nos termos da Lei nº 10.257/2001. No capítulo reservado à política urbana brasileira, a função social da cidade e da propriedade urbana é alçada à categoria de princípio norteador da referida política, orientando toda a condução da atividade administrativa na sua implementação. Há uma clara supremacia do interesse público fundado na função social da propriedade sobre os interesses particulares no que diz respeito à política urbana brasileira, havendo, inclusive, disposição constitucional expressa submetendo a verificação do cumprimento da função social da propriedade ao atendimento das exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (art. 182, § 2º, da CF).

O Estatuto da Cidade instituiu diversos instrumentos de planejamento e gestão urbanos, com vistas a dar cumprimento à política urbana estabelecida pela Constituição Federal. Dentre tais instrumentos incluem-se disposições atinentes à regularização fundiária urbana.

Até dezembro de 2016, a Lei nº 11.977/09, que instituiu o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV, tratava de parte da questão fundiária ao prever dispositivos atinentes à

regularização de assentamentos informais localizados em áreas urbanas. Entretanto, referida lei foi revogada neste ponto pela Medida Provisória nº 759/2016, posteriormente convertida na Lei nº 13.465/2017.

Inobstante existirem normas jurídicas tratando da regularização fundiária urbana no Brasil, as quais outorgam aos administradores públicos instrumentos adequados para a consecução de tal fim, a realidade mostra que o órgão Executivos – principalmente dos municípios – simplesmente não querem ou não conseguem efetivar adequadamente a regularização fundiária urbana em nosso País. É possível afirmar que

O problema, portanto, é eminentemente cultural. Não faltam leis. A Constituição tem como princípio norteador a *dignidade da pessoa humana*, ao lado da cidadania. O preâmbulo da Carta promete o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Inúmeros outros dispositivos da ordem fundante foram contemplados e minudenciados no Estatuto da Cidade e na Lei 11.977/2009, depois ratificados na Lei 12.424/2011. Para a implementação dessas normas só faltam vontade e coragem. (NALINI, 2014, p. 5).

O enfrentamento da questão envolve todos os órgãos do Estado, mas o protagonismo pertence ao Poder Executivo, sobretudo o dos municípios. A estes membros federativos compete promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII, da CF). É o Poder Executivo que precisa urgentemente abandonar a sua inércia, tomar a dianteira e colocar em prática as políticas públicas urbanas já delineadas nas leis. Como observado por Reis e Venâncio (2017, p. 229), é “[...] através do planejamento das políticas públicas, que o Estado passa a atuar de forma eficiente na transformação dessa realidade urbana violadora de direitos fundamentais, decorrente do irracional processo de urbanização do país”.

2 A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA E A FORMALIZAÇÃO DO CAPITAL MORTO

O problema da questão fundiária urbana no Brasil não é uniforme, abrangendo diferentes tipos de ocupações informais habitadas por pessoas das mais diversas classes sociais. Por exemplo, as ocupações irregulares e/ou clandestinas podem consistir desde favelas, habitadas por pessoas em situação de miserabilidade extrema, até condomínios de alto padrão, ocupados por pessoas de alto poder aquisitivo.

Interessa a este estudo os loteamentos irregulares e/ou clandestinos decorrentes do quadro de exclusão socioespacial próprio do processo de urbanização brasileiro. Os loteamentos irregulares de médio ou alto padrão, embora possam (e devam) ser regularizados quando possível, devem ser tratados de forma diversa por parte do Poder Público, vez que, inobstante consistirem indubitavelmente em um problema urbanístico e, em grande parte das vezes, também ambiental, não são produto da miséria e da marginalização. Trataremos, portanto, da chamada regularização fundiária de interesse social.

Com estas considerações, destaque-se a natureza das ocupações nas quais mais frequentemente o grave problema das submoradias costuma ocorrer nos municípios brasileiros: “a) ocupação de terras vazias por grupos de baixa renda; b) loteamentos irregulares e clandestinos comercializados ilegalmente; c) conjuntos habitacionais para hipossuficientes produzidos pelo Poder Público; d) cortiços e favelas, inclusive invasão de prédios ociosos.” (NALINI, 2014, p. 4).

Os conjuntos habitacionais patrocinados pelo Poder Público, embora algumas vezes sofram com a ilegalidade, normalmente são juridicamente regulares, ou seja, existe o título de

propriedade das unidades habitacionais outorgado aos seus proprietários. A ocupação de terras vazias por grupos de baixa renda e as favelas, por sua vez, são comumente resultado de ocupações realizadas por pessoas em situação de extrema indigência e completa exclusão social, nas quais, na maioria das vezes, nem sequer existem unidades habitacionais propriamente ditas, mas sim barracos erguidos de forma precária e improvisada. Neste caso, falar-se em regularização fundiária para formalizar o capital imóvel juridicamente inexistente soa completamente fora da realidade. Trata-se de situação que demanda uma abordagem diversa por parte do Poder Público, muito mais complexa, por sinal. Por não ser o foco deste trabalho, não será objeto desta pesquisa.

O foco do presente estudo são os loteamentos irregulares e/ou clandestinos, comumente situados nas periferias das cidades, surgidos no bojo do processo de exclusão socioespacial urbano brasileiro. São loteamentos informais ocupados por pessoas de baixa renda, que adquirem frações ideais de determinadas áreas sem que haja o registro da propriedade no ofício de registro de imóveis competente, ou alugam áreas nesta situação. Conforme já tratado em tópico anterior, as populações que vivem nesta situação encontram-se em situação de vulnerabilidade, sem acesso adequado aos serviços e infraestruturas urbanas essenciais e, portanto, privadas do efetivo direito à cidade.

Não se pode iniciar qualquer discussão sobre os loteamentos ilegais sem se reconhecer que às pessoas que neles vivem é assegurado o direito subjetivo de regularização em face da política urbana constitucionalmente erigida. Nesse ponto, assevera Fernandes que

O que acontece é que hoje não se pode mais falar de regularização fundiária tão-somente como sendo algo que se encontra no âmbito da ação discricionária do poder público, que a faz quando quer, de acordo com os critérios que acha que deve seguir, quando for pressionado pela população ou quando tiver compromissos políticos com a população. Existe juridicamente constituído no Brasil hoje um direito subjetivo do ocupante à regularização, em condições especificadas na lei, e isso mesmo contra a vontade do poder público. (2006, p. 16).

A efetivação do direito à regularização fundiária urbana garante inclusão social e cidadania. Ao se integrar os loteamentos informais à cidade formal, levando até eles infraestruturas e serviços urbanos básicos, a população que neles vive passa a considerar-se pertencente ao ambiente urbano. A cidade deixa de ser percebida como um elemento de segregação e passa a ser elemento de integração.

A regularização dos loteamentos informais e o conseqüente acesso a infraestruturas e serviços urbanos básicos assegura melhor qualidade de vida à população, reduzindo a indigência, a miséria e a ocorrência de moléstias relacionadas à ausência de saneamento básico adequado. Além disso, em um cenário de integração do loteamento regularizado à cidade é esperado que haja o aumento da atividade econômica formal na localidade, gerando renda e emprego. As áreas institucionais reservadas à administração pública, por sua vez, podem ser usadas para a construção de espaços de convivência comum e lazer, o que tende a reforçar os laços de integração entre a própria comunidade.

A regularização jurídica dos loteamentos informais e dos imóveis sobre eles construídos traz segurança jurídica aos proprietários, além de formalizar a propriedade, garantindo a sua inserção na economia formal. Ademais, a regularização jurídica dos loteamentos informais e dos imóveis que os compõem permite que sejam estes cadastrados junto às prefeituras, o que facilita a cobrança individualizada do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) de cada imóvel e viabiliza a cobrança do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), circunstância que amplia a receita dos municípios (ÁVILA; FERREIRA, 2016, p. 198).

Não se pode considerar que a legalização dos loteamentos informais se dá com a mera regularização jurídica da propriedade dos imóveis sobre eles construídos. É necessário que tal processo seja acompanhado de medidas que atendam às dimensões social, urbanística, e ambiental da situação do loteamento para que haja a sua efetiva integração à cidade. Se assim não ocorrer, o que se terá não será a regularização do loteamento, mas simplesmente a institucionalização da ilegalidade por parte do Estado. Segundo Fernandes:

[...] o atendimento dos tão clamados direitos sociais de moradia não pode ser reduzido ao reconhecimento de direitos de propriedade. De fato, a legalização das atividades informais, particularmente através do reconhecimento de títulos individuais de propriedade plena, não acarreta automaticamente a integração sócio-espacial. Pelo contrário, se não forem formulados dentro do escopo de políticas sócio-econômicas compreensivas, os programas de regularização fundiária podem ter outros efeitos indesejados, trazendo novos encargos financeiros para os ocupantes, tendo impacto pouco significativo na redução da pobreza urbana e, o que é ainda mais importante, reforçando diretamente o conjunto de forças econômicas e políticas que têm tradicionalmente causado a exclusão social e a segregação espacial. (2006, p. 65).

A formação dos loteamentos irregulares e/ou clandestinos ocorre quase sempre da mesma forma: nas periferias das áreas urbanas é comum que proprietários de terrenos procedam à subdivisão da área em frações menores – o chamado parcelamento do solo urbano –, ou mesmo construam prédios em condomínios informais. Tanto uma forma quanto a outra comumente ocorrem ilegalmente, sem observação ao plano diretor e lei de uso e ocupação do solo.

Considerando que o proprietário das frações ideais visa obter o maior lucro possível com a sua venda, muitas vezes o imóvel é parcelado e vendido em áreas inferiores ao mínimo legal determinado na legislação municipal, ou violando a legislação em algum outro aspecto. O mesmo ocorre com as edificações irregulares, frequentemente construídas sem observância não apenas da lei, mas também das mais comzeinhas normas técnicas, o que inclusive pode ocasionar tragédias tais quais desabamentos, de acordo com o que se viu recentemente na Comunidade da Muzema, na cidade do Rio de Janeiro/RJ.³

Para além do perigo e da precariedade deste tipo de ocupação irregular, os proprietários dos imóveis existentes no loteamento informal também não estão acobertados pela segurança jurídica outorgada pelo título de propriedade. Em outras palavras, não são formalmente proprietários dos imóveis, até porque eles não existem do ponto de vista jurídico.

Nesse contexto, De Soto (2001) destaca que um dos maiores motivos para o fracasso do sistema capitalista nos países periféricos é a existência abundante do chamado capital morto, o qual é constituído por bens que existem materialmente - móveis, imóveis, unidades produtivas, etc. – mas que não são formalmente registrados, ou seja, inexistentes juridicamente, não sendo computados, portanto, como ativos na economia formal. Sobre o tema, explica o autor:

No Egito, por exemplo, a riqueza acumulada pelos pobres vale cinquenta e cinco vezes mais do que toda a soma de todo o investimento estrangeiro direto jamais lá registrado, incluindo o Canal de Suez e a Represa de Assuã.

No Haiti, a nação mais pobre da América Latina, o valor total dos ativos dos pobres é mais de cento e cinquenta vezes todo o investimento estrangeiro recebido desde a sua independência da França em 1804. Se os EUA elevassem o seu orçamento para ajuda estrangeira ao nível recomendado pelas Nações Unidas – 0,7 por cento da renda nacional –, o país mais rico da Terra levaria mais de cento e cinquenta anos para transferir aos pobres do mundo recursos equivalentes ao que já possuem.

³ <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/04/12/predios-desabam-no-rio-de-janeiro.htm> - acessado em 02/05/2019.

Mas são posses defectivas, as suas: casas construídas em terras cujos direitos de propriedade não estão adequadamente registrados, empresas sem constituição legal e sem obrigações definidas, indústrias localizadas onde financistas e investidores não as podem ver. Porque os direitos de propriedade não são adequadamente documentados, esses ativos não podem se transformar de pronto em capital, não podem ser trocados fora dos estreitos círculos locais onde as pessoas se conhecem e confiam umas nas outras, nem servir como garantia a empréstimos e participação em investimentos. (DE SOTO, 2001, p. 20).

Os imóveis existentes nos loteamentos informais encontram-se exatamente na situação de capital morto. São frações ideais irregulares e desprovidas de título de propriedade (e por isso mesmo negociadas por preços abaixo daqueles das propriedades regularizadas), razão pela qual estão sujeitas a inúmeras limitações: não podem ser usadas na forma de garantia real em operações de crédito; sujeitam-se a restrições quanto à obtenção de licenças dos órgãos públicos para construção de edificações e benfeitorias; não podem ser formalmente alienadas, dentre outros entraves.

Trata-se de um sério problema socioeconômico. Há elevado custo econômico oriundo da ocupação irregular do solo urbano, a qual tem impacto no desenvolvimento sustentável da cidade e na economia. Propriedade irregular, para fins jurídicos, não é bem imóvel, possuindo, assim, conteúdo econômico subdimensionado. Sua reprodução na urbanização anômala levada a cabo no Brasil contribui para a manutenção da situação de pobreza e exclusão social a que estão submetidas as populações que vivem nos loteamentos informais.

Além de todos os benefícios sociais, urbanísticos e ambientais decorrentes da regularização dos loteamentos ilegais e/ou clandestinos, não se pode ignorar a importância do aspecto jurídico da regularização fundiária para a economia e, também, individualmente para os proprietários de imóveis situados em ocupações informais. O imóvel juridicamente regularizado passa a existir formalmente, tornando-se um ativo em relação à economia e um bem no que diz respeito ao acervo patrimonial de seu proprietário.

Incorporado ao mundo jurídico mediante regularização, ao imóvel é acrescido valor de mercado e ampliado o leque de opções de operações em que o seu proprietário pode empregá-lo. Torna-se possível oferecê-lo em garantia para operações de crédito, transformar-lhe em ponto de comércio formal junto à municipalidade com a obtenção de alvará de licença ou constituir direitos reais sobre ele, por exemplo. Nesse sentido:

Graças a esse processo de representação, os ativos podem levar uma vida invisível, paralela à sua existência material. Podem ser usados como garantia na obtenção de crédito. A mais importante fonte de fundos das empresas iniciantes norte-americanas é a hipoteca da casa do empresário. Esses ativos servem também como elo com a história financeira de seus donos, proporcionam um endereço verificável e responsável para a coleta de dívidas e taxas, fornecem a base para a criação de serviços públicos confiáveis e universais e facilitam a criação de valores (como títulos cobertos por hipotecas) que podem ser descontados e vendidos em mercados secundários. Por meio desse processo o Ocidente injeta vida em seus ativos, fazendo-os gerar capital (DE SOTO, 2001, p. 21).

Uma advertência reiterada e fundamental é a de que a regularização jurídica dos loteamentos irregulares e/ou clandestinos somente terá reflexos positivos se acompanhada da atuação do Poder Público no sentido de atender às dimensões social, urbanística e ambiental da regularização. Havendo tão somente a regularização jurídica do loteamento irregular e dos imóveis nele situados, a repercussão socioeconômica será ínfima. Os bens imóveis, embora com sua propriedade formalizada, continuarão encravados em uma localidade marcada pelo signo da exclusão socioespacial e em descompasso com a função social da propriedade. A formalização

jurídica da propriedade em relação aos loteamentos informais deve ser consequência do processo de regularização fundiária urbana e não a sua causa.

Este foi um dos pontos em que pecou a Lei nº 13.465/2017, que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, instituindo “normas gerais e procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana (REURB), a qual abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes”, conforme redação de seu art. 9º. Em que pese a disposição deste preceptivo legal, o fato é que a concepção da REURB não previu adequadamente medidas de resolução dos problemas sociais que normalmente acompanham a ilegalidade ou clandestinidade das ocupações informais, vez que estabeleceu a regularização jurídica da propriedade como um fim em si mesmo. A medida é criticada nestes termos:

Outra desvantagem duramente criticada é o caráter comercial e meramente formal pelo qual a lei trata a regularização fundiária. É possível notar, que há na lei uma preocupação em conceder o título formal da propriedade. Contudo, os problemas sociais que perpassam a questão da regularização, são mais profundos e não vão se resolver com a simples concessão do título. (ARAUJO JR.; GROCHOSKI, 2018, p. 150).

Os itens 88⁴ e 89⁵ da exposição de motivos da Medida Provisória nº 759/2016 convertida na lei em análise deixam claro a influência das ideias de De Soto (2001) no novo modelo de política fundiária urbana por ela inaugurado no Brasil. Esta percepção é reforçada pelo fato de que a proposta da REURB “muda o paradigma principal do modelo de regularização fundiária existente e passa de um foco mais enfático nos aspectos materiais e urbanísticos para um modelo com destaque para as questões formais de titulação.” (HERNANY; VANIN, 2017, p. 490).

A construção de um modelo de regularização fundiária urbana fundado na expectativa de que a mera regularização jurídica dos loteamentos irregulares e dos imóveis que neles se situam será suficiente para resolver a questão fundiária urbana brasileira é uma ideia equivocada. A teoria idealizada pelo economista peruano, ao menos em matéria de política fundiária urbana, é insuficiente para, por si só, resolver o problema da exclusão socioespacial. Qualquer política fundiária urbana a ser implementada no cenário brasileiro deve considerar as dimensões social, urbanística e ambiental dos loteamentos informais. Sem este enfrentamento, a regularização jurídica e consequente formalização da propriedade será insuficiente às populações, vez que continuarão excluídas e o título de propriedade terá valor meramente simbólico.

A política urbana de regularização fundiária não pode se esgotar no plano jurídico-legislativo. Não basta o Estado aprovar leis e formalizar atos jurídicos que institucionalizem a regularização de loteamentos informais. O Poder Público, sobretudo o Poder Executivo, deve assumir a missão de implantar a política urbana nos termos em que concebida pela Constituição Federal, o que demanda o enfrentamento das questões sociais, urbanas e ambientais que lhe são correlatas.

Em relação aos loteamentos informais decorrentes do quadro de exclusão socioespacial existente nas cidades, o Estado deve, além de promover a formalização jurídica das propriedades, garantir políticas públicas que promovam o desenvolvimento sustentável. Entre elas aquelas que viabilizem infraestrutura e serviços públicos urbanos essenciais, a exemplo de energia

⁴ É que o reconhecimento, pelo Poder Público, dos direitos reais titularizados por aqueles que informalmente ocupam imóveis urbanos, permite que estes imóveis sirvam de base para investimento do capital produtivo, à medida que poderão ser oferecidos em garantia de operações financeiras, reduzindo custos de crédito, por exemplo.

⁵ Também, a regularização fundiária urbana contribui para o aumento do patrimônio imobiliário do País e representa a inserção de capital na economia, à medida que agrega valor aos imóveis regularizados, os quais, inclusive, tornam-se alvo de tributação (IPTU, ITR, ITBI) ou de cobrança de preços públicos (foros e laudêmios).

elétrica, pavimentação, saneamento básico, áreas comunitárias de lazer, transporte público adequado, segurança, educação, saúde e assistência social.

Somente com a promoção de uma política de regularização fundiária urbana integral, que contemple todas as questões afetas à formação dos loteamentos irregulares e/ou clandestinos, poderá se alcançar a sustentabilidade urbana e o real acesso ao direito à cidade. É nessa conjuntura específica de integração dos excluídos à urbe que a formalização jurídica da propriedade dos assentamentos informais poderá representar, de fato, um aporte de capital capaz de beneficiar tanto eles – a população vulnerável – quanto a economia de nosso País.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A existência de loteamentos irregulares e/ou clandestinos nos centros urbanos brasileiros é uma realidade conhecida há décadas, que causa severos prejuízos sociais, econômicos e degradação do meio ambiente.

Além de constituírem causa e efeito da marginalização, insegurança, pobreza, exclusão social e dano ambiental, os loteamentos irregulares periféricos ocupados por pessoas de baixa renda também são responsáveis pelo esvaziamento do conteúdo econômico de bens imóveis. As áreas não estão formalizadas no mundo jurídico porque seus possuidores não detêm escritura e registro imobiliário. Tal situação de fato acarreta externalidades negativas, dentre elas a subvalorização e a exclusão destas áreas do horizonte das políticas públicas. Além de subvalorizados, seus proprietários sofrem limitações quanto à sua fruição, por exemplo, justamente porque tais bens não podem ser oferecidos para garantia real ou transformação em estabelecimentos comerciais licenciados.

A legalização jurídica dos loteamentos informais e dos imóveis significa a incorporação de capital à economia formal e geração de externalidades positivas que o capitalismo pode oferecer. Todavia, defende-se que a formalização jurídica da propriedade imóvel não basta, por si só, para que se caminhe na direção de soluções para as questões fundiárias urbanas. A esta iniciativa deve-se acrescentar uma série de ações coordenadas que incluem medidas sociais, urbanísticas, ambientais e econômicas. O enfrentamento destas questões envolve várias dimensões, dentre elas de infraestrutura e de serviços públicos, tais quais energia elétrica, pavimentação, saneamento básico, áreas comunitárias de lazer, transporte público adequado, segurança, educação, saúde e assistência social. Este conjunto de políticas possibilitará o desenvolvimento sustentável das cidades e atenderá ao regime constitucional de políticas urbanas. Neste contexto, defende-se que a Lei nº 13.465/2017 avançou quanto à formalização da propriedade, mas ainda é insuficiente se não for acompanhada das políticas públicas já referidas.

A incorporação de capital decorrente da regularização dos loteamentos ilegais e/ou clandestinos somente será benéfica para os proprietários de tais imóveis e para o Estado se a regularização for integral no sentido de atender todas as dimensões do conceito de sustentabilidade. Para tanto, deve haver empenho dos poderes da República quer haja a viabilização da titulação jurídica da propriedade e previsão orçamentária para efetividade das políticas públicas que devem acompanhar a inclusão sustentável.

REFERÊNCIAS

ARAUJO JR., Miguel Etinger de; GROCHOSKI, Juliani Cristina Lima. Exclusão socioespacial e regularização fundiária como medida de inclusão da população em estado de vulnerabilidade social. **Anais do XXVII Congresso Nacional do CONPEDI de Porto Alegre/RS**. Florianópolis: CONPEDI, 2018. v. 1.

ÁVILA, Paulo Coelho; FERREIRA, Frederico Poley Martins. A insegurança da posse do solo urbano em Minas Gerais. **Urbe. Revista Brasileira de Gestão Urbana**. Curitiba, v. 8, n. 2, p. 197-210, 2016. ISSN 2175-3369.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de agosto de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2019.

BRASIL. **Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2019.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.465, de 11 de julho de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana... Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm> . Acesso em: 10 de julho de 2019.

CANO, Wilson. **Urbanização: sua crise e revisão de seu planejamento**. Revista de Economia Política, v. 9, n. 1, p. 62-82, 1989.

DE SOTO, Hernando. **O Mistério do Capital**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

FERNANDES, Edésio. Nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. Organizadores. **Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 348, 2006.

FERNANDES, Edésio. **Questões anteriores ao Direito Urbanístico**. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2006. p. 35-76.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa de Informações Básicas Municipais (MUNIC)**, 2017. Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101595.pdf>> Ace.: 10 de julho de 2019.

NALINI, José Renato ; LEVY, W.. **Regularização Fundiária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Gen - Editora Forense, 2014.

SINGER, Paul. O uso do solo urbano na economia capitalista. In: MARICATO, Ermínio, org. **A produção capitalista da casa (e da cidade) do Brasil industrial**. São Paulo: Alfa-Omega, 1982.

VANIN, Fábio Scopel; HERMANY, Ricardo. Análise crítica das mudanças promovidas pela Medida Provisória n. 759/2016 na regularização fundiária do Brasil. **Revista de Direito da Cidade**. Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 482-516, 2017. ISSN 2317-7721.

VIANA, G.; SALEME, E. Legal aspects of technical assistance in urban landholding regularization provided for in the Brazilian Law 11888/2008 and its impact in the state of Paraíba, Brazil. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 10, n. 2, p. 20-32, 19 dez. 2019. ISSN 2236 0859.

REIS, Émilien Vilas Boas; VENÂNCIO, Stephanie Rodrigues. O direito à cidade e a participação popular no planejamento urbano municipal. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 7, n. 2, p. 222 - 247, 12 jun. 2017. ISSN 2236 0859.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A APLICAÇÃO DE TECNOLOGIAS LIMPAS PARA
O DESENVOLVIMENTO URBANO SUSTENTÁVEL
ATRAVÉS DA IMPLANTAÇÃO DE ENERGIA
FOTOVOLTAICA

BRUNO BASTOS DE OLIVEIRA
BELINDA PEREIRA DA CUNHA
SOLANGE MARTINS

A APLICAÇÃO DE TECNOLOGIAS LIMPAS PARA O DESENVOLVIMENTO URBANO SUSTENTÁVEL ATRAVÉS DA IMPLANTAÇÃO DE ENERGIA FOTOVOLTAICA

THE APPLICATION OF CLEAN TECHNOLOGIES FOR SUSTAINABLE URBAN DEVELOPMENT THROUGH THE DEPLOYMENT OF PHOTOVOLTAIC ENERGY

Recebido: 25/01/2021
Aprovado: 04/05/2021

Bruno Bastos de Oliveira¹
Belinda Pereira da Cunha²
Solange Martins³

RESUMO:

O ser humano busca atender os seus desejos e as suas necessidades através da aquisição de bens e produtos ofertados pelas empresas. Existe assim estabelecido uma relação que caracteriza a função social da empresa: ofertar mercadorias, produtos e serviços visando atender os clientes, criando emprego, contribuindo para a arrecadação de receitas para o estado e movimentando a economia. Não basta pensar em lucratividade, é preciso inovar. Assim, surgem as startups, como instrumento para criação de empreendimentos inovadores. O surgimento de oportunidades de inovação voltada ao desenvolvimento sustentável, quando estas startups investem no mercado de geração de energia fotovoltaica, colaborando e disseminando nas zonas urbanas, em empresas ou residências, uma provável economia de energia elétrica, divulgando assim a adoção de painéis solares que transformam a energia solar em energia fotovoltaica. O objetivo deste artigo é apresentar as possibilidades da aplicação de tecnologias limpas, também denominadas “Cleantechs” aplicáveis no desenvolvimento urbano sustentável através da implantação da energia fotovoltaica. O método utilizado na abordagem da temática foi o método dedutivo, através de pesquisa bibliográfica em

¹ Advogado e Professor. Consultor Jurídico, especialista na área fiscal. Pós-doutor em Direito pela UNIMAR - Universidade de Marília - SP, sendo bolsista PNPd. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da UNIMAR - Universidade de Marília - SP. Doutor em Ciências Jurídicas - Direitos Humanos e Desenvolvimento - pela Universidade Federal da Paraíba. Mestre em Ciências Jurídicas, área de concentração Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba. Especialista em Direito Tributário pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa. Ex-Coordenador Adjunto dos cursos de Pós-graduação em Direito Tributário e Processo Tributário e Direito Constitucional e Processo Constitucional, ambos do Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ. Ex-Presidente da Comissão de Estudos Tributários da OAB/PB. Ex-Coordenador Pedagógico da Escola Superior da Advocacia da Paraíba. Membro dos Grupos de Pesquisas “Organizações Competitivas e Inovadoras” e “Marketing e Compliance como Ferramentas de Competitividade”, desde 2019, ambos na Universidade de Marília. Coordenador do Projeto de Pesquisa “Compliance nas Organizações da Região de Marília e o Incremento de Competitividade Organizacional”, também desde 2019. Email: bbastos.adv@gmail.com

² Professora Associada UFPB. Estágio pós-doutoral CAPES junto ao Instituto de Investigaciones Sociales UNAM, México, com Enrique Leff. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq “Saberes Ambientais - Homenagem a Enrique Leff: Sustentabilidade, Impacto, Gestão e Direitos”. Convênio de Cooperação Técnica UFPB/UFSC. Doutorado sanduíche CAPES na Università La Sapienza di Roma, Itália. Palestrante, parecerista, autora e organizadora de livros e artigos científicos. Email: belindacunha@hotmail.com

³ Advogada (2015). Mestre em Direito - Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social (Universidade de Marília - UNIMAR - 2020). Graduada em: Direito (Faculdade Arthur Thomas - FAAT - 2015), História (Universidade Norte do Paraná - UNOPAR - 2011), Ciências Contábeis (Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP - 2004), Administração (em andamento - Universidade Norte do Paraná - UNOPAR - 2021) com especializações nas áreas de graduação. Atuou como Professora na Educação Profissional (Secretaria de Estado da Educação do Paraná (SEED - PR) de 2011 a 2020. Atualmente, exerce a função de Docente nos cursos de Direito, Administração e Ciências Contábeis na Anhanguera Educacional (2021), Professora Conteudista (Revisão e elaboração de questões para provas presenciais e outros materiais) na área de Ciências Sociais Aplicadas na Kroton Educacional (desde 2017). Leitora Crítica de conteúdos de pós graduação Lato Sensu - modalidade EaD - na Platos EdServ (COGNA Educação - 2021). Tutora a Distância nos cursos de graduação da Universidade Norte do Paraná (UNOPAR PITÁGORAS - PR) desde 2012 Entrevistadora Voluntária no Projeto SOMOS FUTURO em 2020 e 2021, realizando entrevistas para seleção de bolsistas. Mentora de Alunos no Projeto SOMOS FUTURO - 2021 (COGNA Educação). Email: solangemartins27@yahoo.com.br

obras de renomados autores Aliado ao crescimento urbano e a preocupação com o ecossistema, há possibilidade de verificar os instrumentos legais relacionados a proteção do meio ambiente, ao desenvolvimento sustentável e a qualidade de vida da população atual e das futuras gerações.

Palavras-chave: Desenvolvimento sustentável. Energia fotovoltaica. Energia solar. Direito urbanístico. Tecnologias limpas.

ABSTRACT:

Human beings seek to fulfill their desires and needs through the purchase of goods and products offered by companies. There is thus established a relationship that characterizes the company's social function: offering goods, products and services to serve customers, creating jobs, contributing to the collection of revenues for the state and moving the economy. It is not enough to think about profitability, it is necessary to innovate. Thus, startups emerge as an instrument for creating innovative ventures. The emergence of innovation opportunities aimed at sustainable development, when these startups invest in the photovoltaic power generation market, collaborating and disseminating in urban areas, in companies or homes, a probable electricity saving, thus disclosing the adoption of solar panels that transform solar energy into photovoltaic energy. The purpose of this article is to present the possibilities of applying clean technologies, also called "Cleantechs" applicable to sustainable urban development through the deployment of photovoltaic energy. The method used to approach the theme was the deductive method, through bibliographic research in works by renowned authors. Allied to urban growth and concern for the ecosystem, there is the possibility of verifying the legal instruments related to the protection of the environment, sustainable development and the quality of life of the current population and future generations.

Keywords: Sustainable development. Photovoltaic energy. Solar energy. Urban law. Clean technologies.

1 INTRODUÇÃO

Observando a sociedade contemporânea, podemos verificar que as relações jurídicas passaram por inúmeras modificações. As relações de consumo não estão mais pautadas somente em oferecer produtos de qualidade e que satisfaçam as necessidades dos clientes, nem tão pouco a obtenção de lucratividade. Trata-se de uma conscientização tanto das sociedades empresariais quanto dos indivíduos voltadas à preservação ambiental e desenvolvimento sustentável.

O crescimento populacional, o advento das tecnologias desde a década de 90 e o avanço do consumismo desencadeou a necessidade de maiores preocupações com o meio ambiente, com a estrutura urbana e rural. A pluralidade originária na formação histórica do direito urbanístico brasileiro apresenta-se evidente. Existe uma legislação dispersa no ordenamento jurídico que regulamenta aspectos relacionados ao direito urbanístico, tais como: Constituição Federal de 1988, artigos 182 e 183; Estatuto da Cidade - Lei nº 10.257/2001; Lei do Parcelamento do Solo - Lei nº 6.766/73; Código Florestal - Lei nº 12.651/12, art. 25; Lei 11.977/09 que dispõe sobre a regularização fundiária de assentamentos urbanos.

Neste contexto, através da observância do crescimento urbano e a utilização desenfreada de recursos naturais, a adoção de políticas públicas voltadas à regulamentar as ações humanas

com o objetivo de prevenção de danos ao meio ambiente foi apresentada pelo estado. A preocupação da preservação e manutenção do equilíbrio ecológico foi amplamente adotado pelas empresas, e novas ideias surgem a cada dia. O uso da tecnologia vem sendo adotado pelas startups de tecnologia limpa, nos mais diversos ramos de atuação. O foco desta pesquisa é direcionado ao setor de energia elétrica, pois a adoção de painéis solares para utilização de energia fotovoltaica é uma forma de demonstrar a possibilidade de utilização de recursos naturais renováveis em detrimento aos recursos não renováveis. As cidades estão adotando tecnologias limpas visando o desenvolvimento sustentável e manutenção da qualidade de vida da sociedade.

Diante do exposto, para o desenvolvimento desta pesquisa, foi utilizado o método dedutivo, através de revisão bibliográfica sobre o tema em revistas especializadas, publicações, dissertações, monografias, documentos digitais, buscando também as normas e leis pertinentes, e através desta pesquisa, torna-se possível compreender que o objetivo da maioria das empresas não é mais pautado exclusivamente na obtenção de lucratividade.

A sociedade contemporânea exige das empresas uma ênfase notória em relação ao desenvolvimento socioambiental, e a busca pelo desenvolvimento sustentável tem sido o foco das organizações, onde demonstram a preocupação com o futuro da humanidade, e das próximas gerações.

2 EMPRESA: FUNÇÃO SOCIAL E RESPONSABILIDADE AMBIENTAL

As transformações ocorridas na sociedade trazem para as organizações empresariais a necessidade de adaptação para continuar atuando no mercado. Para isso, a importância da função social das empresas tem sido disseminada nas últimas décadas, pois o objetivo principal deixou de ser somente a lucratividade e passou a ter um conceito mais amplo, que impacta toda a sociedade e o ambiente em que vivemos.

Sendo assim, pretende-se apresentar neste capítulo o conceito de empresa e a relação com a ordem econômica constitucional, bem como a definição da função social, abordando os principais aspectos relacionados à responsabilidade socioambiental das organizações e seus reflexos na sociedade acerca da preservação ambiental.

2.1 Ordem econômica e atividade empresarial

A empresa está inserida em um contexto social desde o início da civilização, mesmo que em formato diferente na sociedade contemporânea. Antigamente, as atividades comerciais eram exercidas sem preocupação com a função social da empresa, ou seja, sem preocupação com meio ambiente, em gerar empregos e renda, em contribuir com a movimentação da economia.

Em relação ao conceito de empresa, é possível encontrar na doutrina diferentes ideias. De acordo com a explicação de Fábio Ulhoa Coelho, empresa é definida como “uma atividade econômica que tem por objetivo oferecer bens e produtos à sociedade”. Assim, ao buscar atender aos anseios de cada indivíduo ofertando mercadorias e serviços, as empresas desenvolvem um importante papel na sociedade, também definido constitucionalmente como função social da empresa. Sobre esta temática, vale ressaltar a esclarecedora explicação de Modesto Carvalhosa, onde demonstra que “a função social da empresa deve ser levada em conta pelos administradores, ao procurar a consecução dos fins da companhia”. Aqui se repete o

entendimento de que cabe ao administrador perseguir os fins privados da companhia, desde que atendida a função social da empresa.

O crescimento empresarial, aliado aos fatores tecnológicos, tem permitido aperfeiçoar métodos e com isso incrementar a exploração dos recursos naturais, agrícolas, pastoris, de origem fóssil e as fontes de energia térmica e hidráulica. (SHIENINI, NASCIMENTO, 2002).

A empresa, independente do ramo de atividade que se enquadra, tem uma função social a cumprir, ou seja, tem um papel a desempenhar perante a sociedade, conforme consta no artigo 170 da Constituição Federal. Portanto, uma vez que exerce atividade com finalidade lucrativa ou não, cumpre sua função social, pois estará gerando bens, direitos e obrigações perante o Estado, fornecedores, clientes, instituições financeiras, e demais interessados. (SOUSA, 2006).

Quanto mais a empresa dialoga e convive com sua comunidade, mais ela se compromete com o controle e a minimização dos impactos ambientais de suas atividades, e se envolve e apoia projetos comunitários. Esse diálogo, resultado do aprofundamento de sua inserção na comunidade, aproxima a cultura empresarial da cultura popular, e por conseguinte, harmoniza os respectivos interesses (VINHA, 2002).

Na Constituição Federal, os dispositivos relacionados às atividades empresariais encontram-se dentre aqueles que dispõem sobre a ordem econômica e financeira nacional. (TAVARES, 2003). A ordem econômica, por sua vez, apresenta-se sob a regência de princípios, dentre os quais estão à propriedade e sua função social.

A expressão função social apareceu na filosofia e, conseqüentemente, transferiu-se para o direito, surgindo na forma de função social da propriedade. De acordo com FERREIRA (1996), “o termo *função* deriva do latim *functio, de fungi*, que significa “exercer”, “desempenhar”, e o vocábulo *social*, corresponde à noção de sociedade, tendo por acepção adjetiva: “concernente a uma sociedade, ao relacionamento entre indivíduos”.

A função social da propriedade privada é ponto de partida para a análise da função social da empresa, espécie do gênero propriedade privada. O princípio está relacionado na Constituição da República de 1988, em seu artigo 170.

O inciso III, do artigo 170 da CF/88, ao exigir o atendimento da função social da propriedade, não limita, nem faz distinção entre qualquer espécie de propriedade, incluindo-se, portanto, em seu conceito, a propriedade empresária, a propriedade dos bens de produção. (SILVA, 1995). Portanto, pode-se compreender o conceito de função social como sendo o poder-dever, no exercício de seu direito subjetivo, em atender ao interesse coletivo, quer seja mediante a observância de restrições a sua conduta ou na efetividade de ações que produzam efeitos benéficos para a sociedade (TOMASEVICIUS FILHO, 2003).

A função social da empresa torna-se tão relevante que passou a integrar o ordenamento jurídico em diversos dispositivos legais, no tocante à regulamentação societária.

Pode-se verificar o nascer do reconhecimento expresso de sua função social pela Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404, de 15/12/197679), que foi a primeira a tratar expressamente da função social da empresa, o fazendo em seu artigo 116, parágrafo único e artigo 154, *in verbis*:

Art. 116. Omite-se. [...] Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar seu objetivo e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa. (BRASIL, 1976).

Comprova-se a relevância da compreensão da função social da empresa através da Lei 11.101, de 09/02/2005, assim conhecida como Lei de Recuperação Judicial da Empresa. Pela mesma, em seu artigo 47, pode-se observar de forma mais explícita os motivos que ensejaram a sua criação: a preservação da empresa e de sua função social, objetivando a manutenção de empregos e o estímulo à atividade econômica. Carvalhosa esclarece que a empresa possui quatro modernas funções sociais, sendo a primeira atinente às condições de trabalho e às relações com seus empregados.

A segunda está relacionada aos interesses dos consumidores quanto os serviços e produtos colocados à disposição destes.

A terceira se refere aos interesses dos concorrentes quanto à prática de uma concorrência leal e livre de condutas abusivas do poder econômico. Por fim, e não menos importante, a empresa possui uma função social relacionada diretamente com os interesses de preservação ecológica, o que transcende os aspectos simplesmente comunitários para se instalar num patamar universal.

O inciso III, do artigo 170 da CF/88, ao exigir o atendimento da função social da propriedade, não limita, nem faz distinção entre qualquer espécie de propriedade, incluindo-se, portanto, em seu conceito, a propriedade empresária, a propriedade dos bens de produção.

A função social passa a exigir da empresa o cumprimento de deveres para com a coletividade, tendo em vista que o seu simples funcionamento não é suficiente para sustentar que sua função social esteja sendo cumprida. Assim, desde o momento em que o ordenamento jurídico abarca dentre as responsabilidades da empresa, a coletividade, cabe direcionar o foco da abordagem em discussão para a temática ambiental, conduzindo a reflexão sobre a análise do desenvolvimento sustentável e responsabilidade ambiental empresarial.

Com isso, é possível observar que as organizações empresariais passaram nos últimos anos, por um processo de implantação de uma “educação ambiental empresarial”, pois houve o reconhecimento da importância da discussão do tema para a sociedade. A disseminação do conceito de meio ambiente trouxe novas interpretações para os processos e os atores envolvidos nesse cenário ao acrescentar que os impactos causados pela nova postura ecológica ultrapassam o campo de exames do tema natureza, acrescentando os temas urbano, rural, econômico, cultural e político. Isso conduz a uma tendência atual na utilização do termo “ambiente”, por ser mais amplo do que o restrito termo meio ambiente. (SHIENINI, NASCIMENTO, 2002).

Assim, nota-se que as empresas têm papel fundamental na sociedade, e que as ações relacionadas à adoção de práticas sustentáveis têm sido cada vez mais adotadas pelas organizações.

2.2 A responsabilidade socioambiental da empresa

Diversas são as percepções acerca da noção de Responsabilidade Social das Empresas. Conforme menciona OLIVEIRA, SCHWERTNER (2007), a responsabilidade social constitui-se em ações transformadoras financiadas e desenvolvidas pelas entidades empresariais como forma de promover a inserção social, bem como de intervenção direta da empresa no contexto socioeconômico, visando auxiliar na solução de problemas sociais.

Segundo o pesquisador voltado para as áreas de economia política, desenvolvimento sustentável e Responsabilidade Social das Empresas., José Antônio Puppim de Oliveira (2008, p. 27), na última década do século XX, “[...] todas essas tendências de movimentos da sociedade civil, governos e empresas começaram a se convergir num movimento maior, que é atualmente o que conhecemos como responsabilidade social empresarial”. Movimentos que, de maneira

organizada, voltam-se para dimensões diversas, abordando questões ambientais, éticas, sociais, econômicas e políticas.

Marilena Lazzarini, conhecida por sua militância em prol da defesa dos direitos coletivos e, em específico, dos consumidores, ao analisar a realidade brasileira, explica que a concepção da atividade empresarial comprometida com a conservação do meio ambiente, o respeito ao trabalhador e a promoção da transformação social obteve maior ênfase nas décadas de 1980 e 1990.

Nas duas últimas décadas, os efeitos negativos da globalização tornaram-se cada vez mais evidentes. O tema foi e é amplamente pesquisado e discutido em todo o mundo, o que contribuiu para que a sociedade entendesse melhor o processo em curso e as causas do aumento das desigualdades sociais. O comportamento das empresas passou, então, a ser colocado em xeque e a sociedade, em diferentes medidas, começou a demandar responsabilidade das mesmas em suas ações em várias frentes (LAZZARINI, 2006, p. 48).

Por um lado, tem-se o movimento ambientalista que impulsionou a definição de desenvolvimento sustentável diretamente relacionada com a de responsabilidade social. A ideia surgiu, de modo sistemático, na década de 1960, em resposta às crises de cunho ambiental e social decorrentes da Segunda Guerra Mundial e ao desgaste de um modelo de crescimento econômico (relação capital e trabalho) implementado no pós-guerra. Na sequência, as décadas de 1970 e 1980 trouxeram um amadurecimento e uma evolução na abordagem da Responsabilidade Social das Empresas (MARANHÃO, 2006).

Quando a efetivação das práticas de responsabilidade social é voltada para o âmbito da empresa, diz-se que a responsabilidade social é interna. Deste modo, quando as empresas possuem práticas de responsabilização que afetam em um primeiro momento seus próprios empregados, a saúde e a segurança no trabalho e a gestão dos recursos naturais utilizados na própria produção, estar-se-á diante de práticas de responsabilidade empresarial interna (OLIVEIRA, SCHWERTNER, 2007).

Neste contexto, analisando as normas jurídicas voltadas à proteção e preservação ambiental, a legislação determina que o papel do Direito Ambiental é estabelecer regras e condutas para a preservação do Meio Ambiente, sendo fundamental para a humanidade. O meio ambiente saudável para as atuais e futuras gerações constitui-se em um direito difuso constitucionalmente assegurado, conforme apresentado no artigo 225 da Constituição Federal.

Entretanto, a utilização dos recursos naturais tem sido alvo de grandes discussões nas esferas públicas e privadas, pois muitos recursos estão escassos ou sem condições de exploração e utilização como matéria prima para produção de bens e serviços para a sociedade. Dessa forma, a atenção das empresas voltou-se para questões relacionadas ao meio ambiente, desenvolvimento sustentável e socioambiental. A qualidade ambiental é utilizada como valor referencial para o processo de controle ambiental (SIRVINSKAS, 2005).

Conforme explica Barbieri (2004) dependendo de como a empresa atua em relação aos problemas ambientais decorrentes de suas atividades, ela pode desenvolver três diferentes abordagens: controle de poluição, prevenção da poluição e incorporação destas questões à estratégia da empresa.

O § 3º do artigo 225 da CF destaca que as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente serão responsabilizadas administrativa e penalmente. Enquadra nesta categoria como sujeitos ativos de tais atos ou condutas, não apenas as pessoas físicas, mas também abre a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) prevê que diante dos interesses antagônicos existentes na sociedade, para definição de políticas ambientais, o Estado assume as funções

de legislar, regular, controlar, fiscalizar, articular, conciliar divulgar e educar para garantir que sejam atendidas as necessidades prioritárias de caráter ambiental.

Para Lustosa (2010), a política ambiental é a forma adotada para induzir os agentes econômicos a adotarem postura e procedimentos menos agressivos ao meio ambiente. Desde as primeiras manifestações de impactos ambientais, materializado pelo fenômeno das externalidades.

Vale lembrar que o artigo 14, § 1º da Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981 (Política Nacional do Meio Ambiente) define a responsabilidade objetiva do poluidor, nos casos de crimes ou danos causados ao meio ambiente.

Ele será igualmente responsável caso venha a danificar o meio ambiente, podendo responder administrativa, civil e criminalmente pelos seus atos, e tal responsabilidade atinge, inclusive a pessoa jurídica, tamanha é a importância do bem ambiental no tocante ao desenvolvimento de toda uma sociedade, conforme parágrafo primeiro da referida lei:

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. (BRASIL, 1981).

É importante destacar que as transformações sociais, políticas e econômicas decorrentes da interação do homem em seu meio são reflexos de uma sociedade dinâmica, que, aliada à evolução tecnológica e globalização, permite que modificações ocorram a todo instante. Segundo Mascarenhas (2004), o advento da indústria foi o grande causador das maiores mudanças no meio ambiente em todo o globo terrestre.

A indústria acelerou a extração dos recursos naturais que, incentivada pela cobiça humana, visava à obtenção do lucro a qualquer custo, e em curto prazo. Por seu instinto, a busca de riquezas sem limite pelo homem, sem se dar conta de que os recursos são limitados, estão se tornando escassos. O processo produtivo não precisa, necessariamente, prejudicar o meio ambiente. Se o destruirmos, de nada adiantará o processo produtivo – eis que também a nossa existência estará ameaçada (MASCARENHAS, 2004).

Portanto, a partir dessa percepção foram implantadas normas para regulamentar a preservação do meio ambiente. A política ambiental é definida como “[...] o conjunto de metas e instrumentos que visam reduzir os impactos negativos da ação antrópica – aquela resultante da ação humana – sobre o meio ambiente” (LUSTOSA, 2010).

Assim, atingir o *status* de socialmente responsável não significa apenas respeitar e cumprir devidamente as obrigações legais, mas também de desenvolver ações efetivas em prol da sociedade, seja através da melhoria das condições de trabalho dos próprios empregados, de respeitar e atuar com ética perante os colaboradores. A responsabilidade social envolve práticas que transcendem o mero zelo pelo capital humano, o respeito pelo meio ambiente e pela comunidade enquanto consumidora, requer atitude efetiva de envolvimento da empresa com as questões sociais, visando alcançar melhorias (OLIVEIRA, SCHWERTNER, 2007).

3 ASPECTOS SOBRE O DIREITO URBANÍSTICO

O direito urbanístico é uma disciplina jurídica em franca evolução. Segundo Italo di Lorenzo, o qualificativo “urbanístico” indica a realidade sobre a qual esse Direito incide: o urbanismo — palavra que vem do Latim *urbs*, que significa “cidade”. O conceito de “urbanismo”

é, portanto, estreitamente ligado à cidade e às necessidades conexas com o estabelecimento humano na cidade (LORENZO, 1973).

A pluralidade originária na formação histórica do direito urbanístico brasileiro apresenta-se evidente. Existe uma legislação esparsa no ordenamento jurídico que regulamenta aspectos relacionados ao direito urbanístico, tais como: Constituição Federal de 1988, artigos 182 e 183; Estatuto da Cidade - Lei nº 10.257/2001; Lei do Parcelamento do Solo - Lei nº 6.766/73; Código Florestal - Lei nº 12.651/12, art. 25; Política Nacional de Mobilidade Urbana - Lei nº 12.587/12.

De fato, a legislação federal diretamente relacionada ao Direito Urbanístico (PINTO 2010) abrange apenas quatro leis federais e uma medida provisória, todas editadas em momentos diferentes, para atingir objetivos diversos, conforme se observa neste breve resumo: a Lei nº 6766/1979 regula o parcelamento do solo urbano e foi editada para exigir um mínimo de infraestrutura urbana nos projetos de urbanização, os quais eram tradicionalmente regulados por normas de natureza cível, preocupadas apenas com a questão contratual da venda dos lotes; a Lei nº 10.257/2001, o Estatuto da Cidade, foi editada mais de dez anos depois da Constituição e resultou de histórica demanda da sociedade para regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal e efetivar o direito à cidade; a Medida Provisória nº 2220/2001, que dispõe sobre a concessão de uso especial para fins de moradia em áreas públicas, foi editada para suprir a lacuna criada por veto presidencial a dispositivos do Estatuto da Cidade; a Lei nº 11.977/2009, dispôs sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida e a sobre a regularização fundiária de assentamentos localizados em zonas urbanas, representando enorme esforço para restabelecer uma política de habitação e combater a informalidade no espaço urbano; e, finalmente, a Lei nº 13.465/2017, que dispôs sobre a regularização fundiária, revogando parcialmente a Lei 11.977/2009 e prometeu dar uma regulação mais ampla do que a norma anterior em matéria de regularização fundiária, trazendo grande polêmica sobre o assunto

Conforme explica Carlos Alexandre Michaello Marques (2011), em 10 de julho de 2001, foi promulgada a Lei Federal mais importante em matéria urbanística sob a égide da Constituição Federal. Neste momento, entrava em vigor o Estatuto das Cidades, Lei 10.257/01, Lei do Meio Ambiente Artificial ou do Meio Ambiente Criado, com intuito de regulamentar a Política Urbana contida nos arts. 182 e 183 da CF/88, a qual deixou a cargo do Poder Público Municipal sua execução direta, a fim de que se promovesse uma mudança de postura da gestão das cidades em nome do interesse público.

Constata-se que matérias oriundas do direito civil (parcelamento do solo e direito de construir), do direito administrativo (atividade do poder estatal), do direito constitucional (direitos fundamentais) e direito ambiental (meio ambiente urbano) confluíram em torno de uma nova denominação jurídica (direito urbanístico), que conseguiu obter autonomia conceitual e didática e, com o tempo, o reconhecimento constitucional. (BRASIL, 2013). Segundo Sunfeld, o conceito de direito urbanístico pode ser delineado nos seguintes termos:

O direito urbanístico é o reflexo, no mundo jurídico, dos desafios e problemas derivados da urbanização moderna (concentração populacional, escassez de espaço, poluição) e das ideias da ciência do urbanismo (como a de plano urbanístico, consagrado a partir da década de 30). Estes foram os fatores responsáveis pelo paulatino surgimento de soluções e mecanismos que, frente ao direito civil e ao direito administrativo da época, soaram impertinentes ou originais e que acabaram se aglutinando em torno da expressão 'direito urbanístico'. (SUNDFELD, 2010. p. 46).

O urbanismo evolui com a cidade, e para compreendê-lo em todas as suas manifestações, inclusive na jurídica, toma-se necessário, ou, ao menos, conveniente fazer compreender as transformações ocorridas na sociedade, juntamente com os fenômenos urbanos, para chegarmos

à urbanização, que causou o desenvolvimento do urbanismo e a atividade urbanística do Poder Público e seu regime. (SILVA, 2008).

No tocante à conceituação jurídica, o Direito Urbanístico pode ser definido também, como um “conjunto de normas e posturas relacionadas com a ciência e a técnica da construção, reforma, melhoramento e embelezamento das cidades” (SIDOU, 2004).

Partindo da abordagem à principal norma do ordenamento jurídico, destaca-se que a Constituição Federal de 1988 dedicou, em seu Capítulo II, Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), a matéria pertinente a “política urbana”, onde estabeleceu princípios, diretrizes e instrumentos para a realização da função social da propriedade urbana.

O Direito Urbanístico nesse contexto obtém status de direito fundamental, ao passo que à Administração Pública é imposto o dever de buscar os benefícios aos administrados. Nesse ponto o urbanismo está intimamente ligado ao bem-estar dos cidadãos, pois só assim há de se cumprir o objetivo de uma reorganização do espaço urbano, que transcende o singelo conceito construção, alcançando os azaques referidos como Meio Ambiente. (MARQUES, 2011).

Ainda, de acordo com a abordagem de Carlos Alexandre Michaello Marques, (2011), as pessoas dependem de um meio urbano organizado, delineado de forma a atender às necessidades básicas, mas sem se descuidar de questões ambientais que circundam qualquer ação modificativa no ecossistema, mesmo que já tenha sido alterado por diversas vezes.

Os princípios podem ser definidos como linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, promovendo e embasando novas normas, orientando a interpretação das existências e resolvendo os casos não previstos na legislação. (RODRIGUEZ, 2002).

Portanto, é de grande relevo a observância dos princípios constitucionais relacionados ao Direito Urbanístico. Para Miguel Reale (2002), os princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

Os artigos 182 e 183 da Constituição Federal colocaram como premissa a função social da cidade, mas remeteram aos planos diretores municipais para cidades com mais de 20 mil habitantes a aplicação dos seus preceitos. Em 2001, com a aprovação do Estatuto da Cidade foram regulamentados os artigos da constituição sobre a função social da propriedade e da cidade – Lei 10.257/01.

O Estatuto da Cidade “estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental” (Cap. I, art. 1º, par. Único). Dispõe que “a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno funcionamento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana...” (art.2º).

4 MEIO AMBIENTE E TECNOLOGIAS LIMPAS: AS *CLEANTECHS*

As consequências dos danos ambientais que as empresas podem causar á sociedade são amplamente divulgadas, e por este motivo, busca-se demonstrar o crescente empenho voltado à adequação das atividades industriais utilizando produtos que não são poluentes e nocivos à saúde da população, através da implantação das Tecnologias Limpas.

As tecnologias ambientais podem ser divididas em tecnologias de controle de poluição end-of-pipe e tecnologias mais limpas. As primeiras não alteram o sistema produtivo como tal, mas introduzem sistemas tecnológicos adicionais que capturam as emissões de poluentes

a fim de diminuir o seu impacto sobre o ambiente. As tecnologias mais limpas, por sua vez, não buscam tratar a poluição após a sua emissão, mas evitar ou reduzir tais emissões antecipadamente. Seu foco é sobre as causas da degradação ambiental e não sobre os efeitos. As tecnologias mais limpas são fundadas no princípio de prevenção, ao passo que, as tecnologias end-of-pipe, em princípio também consideradas ambientalmente seguras, pautam-se no princípio da correção (Lenzi, 2006).

A tecnologia vem sendo uma das formas de melhorar as formas de produção e consumo. Conforme ensina Lustosa (2010), “[...] se por um lado as tecnologias advindas do processo de industrialização levaram à degradação ambiental, por outro, elas também possibilitaram maior eficiência no uso dos recursos naturais e na substituição de insumos no processo produtivo”.

Nesse sentido, um padrão de produção menos agressivo ambientalmente, passa a ser possível por meio do desenvolvimento tecnológico, o que por sua vez resultaria em uma solução parcial do problema. Ratifica a autora que:

Após três décadas de debate sobre os limites ambientais do crescimento econômico, percebeu-se que não foi crescimento que chegou no seu limite, mas, sim, o padrão tecnológico até então adotado pelos países industrializados. Ou seja, o crescimento econômico baseado em um padrão tecnológico intensivo no uso de matérias-primas e energia, principalmente de hidrocarbonetos – grandes demandantes de recursos naturais –, pode esbarrar nos limites da finitude dos recursos ambientais (LUSTOSA, 2010).

Desse modo, o desenvolvimento tecnológico passa a ser considerado condutor do crescimento econômico, na maioria das vezes, guiado por interesses privados que em curto prazo almejam vantagens econômicas (LUSTOSA, 2010). No entanto, Lustosa (2010) explica que inúmeras são as dificuldades para se induzir mudanças tecnológicas na direção de tecnologias mais limpas, ou seja, a questão não envolve apenas obter sustentabilidade ambiental por meio de um melhor aproveitamento dos recursos naturais.

Neste sentido, as tecnologias mais limpas requerem que outros fatores não econômicos se solidifiquem, tais como: infraestrutura, mudanças institucionais e desenvolvimento de capacidades específicas da firma. Entretanto, tecnologias limpas são “[...] consideradas uma condição necessária para que o crescimento econômico possa ser contínuo, e que juntamente com uma distribuição mais igualitária dos benefícios desse crescimento, caminhe na direção do desenvolvimento sustentável” (LUSTOSA, 2010). A autora argumenta ainda que:

Há uma certa dificuldade de associar o crescimento da produção industrial com a preservação ambiental. A poluição industrial e a intensidade do uso de recursos naturais são altamente afetadas pela escala da atividade industrial (efeito escala), por sua composição setorial (efeito composição) e pelas tecnologias utilizadas (efeito tecnologia) (LUSTOSA, 2010).

Dessa forma, as tecnologias limpas reduzem os custos de produção através de economias em matérias-primas e energia e pelo aumento em produtividade, o que, por sua vez, leva a um incremento em competitividade e rentabilidade. Por outro lado, tecnologias limpas limitam as descargas, evitam a produção de produtos secundários e reduzem os riscos de poluição acidental e da transferência de poluição entre ambientes físicos (VANDERMERWE, S. & OLIFF, M.D. 1990).

Então, países com produção industrial concentrada em setores menos impactantes ambientalmente, mas que utilizem tecnologias não limpas e que produzam em larga escala, podem ser considerados degradadores ambientais. De outra forma, países com produção industrial concentrada em setores altamente poluidores, mas que utilizem tecnologias limpas,

mesmo produzindo em larga escala, podem ser considerados países com escala produtiva ambientalmente correta (LUSTOSA, 2010).

Assim, Lustosa (2010), explica que na medida em que as questões ambientais passaram a representar um fator de diferenciação para as empresas, ou seja, uma oportunidade de negócios, as preocupações ambientais ganharam força e começaram a constituir as estratégias empresariais. Neste contexto, passou-se a adotar práticas ecológicas, tecnologias ambientais, sistemas de gestão ambiental, racionalização de recursos, entre outros, inclusive nas criações de diversas startups voltadas à preservação ambiental e desenvolvimento sustentável.

4.1 As startups de tecnologias limpas – Energia Fotovoltaica (FV)

Sobre desenvolvimento tecnológico, é importante destacar uma mudança na esfera empresarial com a criação de uma nova forma de empreender e inovar: o surgimento das *startups*. *Startup* é uma empresa iniciante com um modelo inovador, que atua em um cenário de incertezas e busca o maior lucro possível em um menor tempo possível. Gihaty (2016) afirma que o termo surgiu durante a época chamada de “bolha da internet”, entre 1996 e 2001, em que ocorreu uma explosão de empresas “pontocom”. Assim, define uma startup como um modelo de negócios replicável e escalável, criado por pessoas para trabalharem em condições de extrema incerteza (GIHATY, 2016). Nesse período, empreendedores com ideias promissoras e inovadoras, associadas à tecnologia, conquistaram financiamentos para seus projetos, desde que mostrassem que eram sustentáveis e lucrativos.

As *startups* atraem capital de risco, devido ao cenário de incertezas, a maioria possui base tecnológica inovadora vinculada a internet. Sobre isso, Steve Blank, pesquisador responsável por um dos conceitos de startup, aborda startup como empresa em busca de um modelo de negócios viável, repetível e escalável (BLANK, 2007). Por viável, entende-se um modelo de negócios possível de aplicar, por repetível que pode ser reproduzido, e por escalável que tem prospecção de crescimento incrementando nos produtos e serviços gerados ou gerando outros novos.

Nesse cenário o processo de inovação é vetor fundamental para o domínio de novas técnicas de produção e/ou produtos, que resultam em benefícios econômicos, tais como: lucros extraordinários e/ou manutenção de sua parcela de mercado. Para Lustosa (2010):

As inovações podem ser técnicas ou organizacionais. As primeiras referem-se à introdução de um novo processo, produto, sistema ou equipamento, ou seja, é a elaboração de novos princípios técnicos. As segundas são mudanças na forma de organização, nas políticas, nas tarefas, nos procedimentos e nas responsabilidades – é a introdução de novas rotinas de trabalho, procedimentos administrativos, relações intraorganizacionais, práticas gerenciais e relacionamento com os grupos de interesse.

As *startups* são inovações, e não invenções. As inovações são internas ao sistema. Nesse momento torna-se necessário esclarecer a diferença entre inovação e invenção: A invenção se caracteriza pela descoberta ou criação de novas possibilidades e, normalmente não é produzida no meio econômico e sim em universidades, institutos de pesquisas ou até mesmo por inventores isolados. (TEIXEIRA, LOPES. 2017).

A inovação se caracteriza pela introdução da invenção no sistema econômico e o empresário não precisa ser necessariamente o criador da novidade. A mesma é importante na medida em que “O impulso fundamental que põe e mantém em funcionamento a máquina capitalista procede dos novos bens de consumo, dos novos métodos de produção ou transporte,

dos novos mercados e das novas formas de organização industrial criadas pela empresa capitalista.” (SCHUMPETER, 1961).

A popularização das startups no Brasil é verificável pela existência, por exemplo, de uma associação específica, a Associação Brasileira de Startups (ABStartups), fundada em 2011 com o objetivo de “promover e representar as startups brasileiras”, e com a missão de “[...] tornar o Brasil uma das cinco maiores potências em inovação e empreendedorismo tecnológico.” (ABSTARTUPS, 2017, [s.p.]).

Somada à criação da ABStartups em 2011, em 2016 o Congresso Nacional aprovou o novo marco legal da inovação por meio do decreto e sanção da Lei n. 13.243, de 11 de janeiro de 2016, que dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação. Conhecida como Código da Ciência, Tecnologia e Inovação (C.T&I), a lei é resultante de cinco anos de discussões entre os atores do Sistema Nacional de Inovação (SNI), nas esferas das Comissões de Ciência e Tecnologia da Câmara e do Senado (RAUEN, 2016).

No Brasil, o mercado para implantação de painéis solares que visam captar energia solar e transformar em energia elétrica, denominada energia fotovoltaica, tem aumentado cada vez mais. Existem startups que alugam os painéis a custo zero, disponibilizam gratuitamente um aplicativo que permite que o cliente acesse o sistema de gerenciamento solar.

Dessa forma, é possível verificar os dados de produção do sistema e também do consumo de energia da concessionária, permitindo uma melhor gestão de energia e verificação do valor da conta, antes mesmo da concessionária enviar a fatura. A redução do consumo de energia gira em torno de 95%, mas por ser um sistema alugado, o cliente repassa 70% em forma de aluguel para a startup, e fica com os 25% restante. Em outros casos, o cliente pagará uma mensalidade para a startup, mediante assinatura de contrato a longo prazo para uso do equipamento. (EXAME, 2016).

No Brasil, a geração de energia pelos próprios consumidores é permitida desde 2012, a partir da Resolução Normativa 482/2012 da Aneel. A regulamentação permite ao consumidor instalar seus próprios geradores, numa operação individual. A energia nessa modalidade é injetada na rede da concessionária e se transforma em créditos usados para abater da conta de luz. Outra modalidade de geração é a compartilhada, que permite que mais de um interessado se junte em consórcio e utilize a energia para redução na despesa com energia. Este é o mecanismo que será usado pelo Clube Watt. Uma exigência é que todos os usuários precisam estar dentro da mesma área de cobertura da distribuidora. No Rio Grande do Sul, são mais de seis mil unidades consumidoras com geração distribuída (UC) e mais de 8 mil UC's que recebem os créditos, de acordo com a Aneel. (JORNAL DO COMÉRCIO, 2019).

4.2 As fontes de energia renováveis: O Sistema Fotovoltaico (FV)

As fontes de energias alternativas renováveis vêm numa crescente aceleração e motivadas em todos os países por conta das consequências severas em relação aos impactos ambientais produzidos pelas energias não renováveis como o petróleo, gás natural, carvão mineral e combustíveis nucleares, em razão da luta contra o aquecimento global. Visto essa preocupação com as energias não renováveis em relação aos seus impactos ambientais causados e a crescente demanda de energia em todo o mundo, o grande desafio aos longos dos anos será a produção de mais energia emitindo menos gases de efeito estufa (AGUILAR et al., 2012; SANTOS, 2015).

Os recursos renováveis têm sido o foco de inúmeras pesquisas na sociedade contemporânea, devido à preocupação com o meio ambiente. Atualmente, várias são as

razões para a implementação de fontes renováveis de energia. Nesse sentido, a crescente preocupação com as questões ambientais e a conscientização mundial sobre a promoção do desenvolvimento em bases sustentáveis vêm estimulando a realização de pesquisas de desenvolvimento tecnológico que visam à incorporação dos efeitos da aprendizagem e a consequente redução dos custos de geração dessas tecnologias (FREITAS & DATHEIN, 2013).

Mundialmente, a fonte energética mais utilizada para a produção de energia elétrica é proveniente de fontes fósseis e não renováveis como o petróleo, o carvão mineral e o gás natural. As grandes dependências de fontes não renováveis de energia têm acarretado, além da preocupação permanente com o seu esgotamento, a emissão de gases tóxicos e poluentes e material particulado. Dos gases liberados para a atmosfera, os mais preocupantes do ponto de vista mundial são os “gases do efeito estufa”, destacando-se o dióxido de carbono (FREITAS & DATHEIN, 2013).

Após a abordagem dos conceitos de fontes não renováveis, faz-se necessário definir uma espécie de fonte renovável, e como exemplo, será realizada sobre os foras de captação de energia solar. O Portal Brasileiro de Energias Renováveis (2014) descreve que, “as fontes de energia renovável são aquelas em que os recursos naturais utilizados são capazes de se regenerar, ou seja, são consideradas inesgotáveis, diferente de fontes não renováveis como o petróleo”. A energia solar fotovoltaica é, em outras palavras, a conversão direta da luz do sol em energia elétrica, realizada por meio das placas solares e demais equipamentos que compõem os sistemas solares fotovoltaicos. Segundo Rütther, Salamoni (2011), as cidades brasileiras apresentam um excelente potencial para a aplicação da energia solar FV, não apenas pelas suas características construtivas, mas também pelo perfil de consumo energético do brasileiro e pelos níveis de irradiação solar do país:

Estudos indicam que, de acordo com os elevados índices de irradiação em todo o território nacional e com as elevadas tarifas residenciais de energia elétrica, a assim chamada paridade tarifária entre a geração solar e as fontes convencionais de geração de eletricidade deverá ocorrer no Brasil na próxima década. Neste contexto, urge a adoção de um programa de incentivo à adoção da tecnologia, para que a experiência necessária à sua adoção em grande escala possa ocorrer de forma ordenada e com o máximo benefício a partir do momento em que a paridade tarifária seja atingida (SALAMONI, 2009).

As edificações brasileiras apresentam um grande potencial para a integração de sistemas solares FV, sejam estes localizados nas coberturas daquelas ou utilizados para substituir janelas e até mesmo elementos de revestimento. Os setores residenciais do Brasil possuem uma grande área de cobertura disponível para a integração dos sistemas solares FV. Nesses setores, as edificações têm área de cobertura suficiente para que os sistemas gerem mais energia do que a consumida, podendo exportar o excedente de energia para outras áreas. Assim, os setores residenciais brasileiros poderiam funcionar como miniusinas geradoras, que auxiliariam na sobrecarga da rede em algum setor com pico de consumo diurno e que não possua área de cobertura disponível para a integração dos sistemas. Já os setores centrais apresentam uma área de cobertura mais limitada para a integração de um sistema FV autossuficiente, em termos de geração de energia. Por outro lado, por esses setores apresentarem um pico de consumo diurno, coincidente com o da geração solar. A geração solar FV atinge valores máximos, principalmente em períodos de calor intenso, onde a demanda energética nestas edificações aumenta de forma acentuada em consequência da utilização intensa de aparelhos de ar-condicionado, devido a que nestes horários, ocorre uma maior incidência solar. Dessa forma, qualquer energia injetada nessas áreas poderá trazer benefícios à concessionária local (RÜTHER, SALAMONI, p. 92. 2011).

Diante o exposto, torna-se possível observar que o sistema fotovoltaico é considerado uma inovação que torna a captação de energia solar uma alternativa que culmina em

desenvolver estratégias sustentáveis. Pois dessa forma, a geração de energia estaria utilizando um recurso natural (luz solar) e poderia ocorrer uma redução no custo do consumo pela sociedade.

Porém, a implantação dos equipamentos ainda é considerada elevado, quando comparado com as fontes convencionais de geração de energia, o uso dessa tecnologia é tido como viável apenas para países ricos ou, no caso dos países em desenvolvimento, para aplicações em áreas isoladas. Esse fato representa uma forte barreira para a disseminação da tecnologia FV no Brasil. Apesar de os custos da energia FV ainda serem altos, quando comparados a outras fontes de geração, esse quadro vem se revertendo. Os custos de produção dessa tecnologia vêm mostrando um decréscimo significativo desde o início de sua utilização para aplicações terrestres, em 1970 (POPONI, 2003); (KESHNER; ARYA, 2004); (HOFFMANN, 2006)

Dentre os materiais mais adequados para a conversão da radiação solar em energia elétrica, os quais são usualmente chamados de células solares ou fotovoltaicas, destaca-se o silício, um ponto que pode ser positivo no investimento de energia fotovoltaica, já que no Brasil encontram-se grandes reservas de quartzo de qualidade, que podem gerar importante vantagem competitiva para a produção de silício com alto grau de pureza, células e módulos solares, produtos esses de alto valor agregado. (SOUZA, FERREIRA, 2019).

4.3 O sistema fotovoltaico nas zonas urbanas e o IPTU Verde

O Brasil passa por uma crise no seu sistema de abastecimento energético, o que faz com que todos os setores da sociedade tenham de buscar por fontes alternativas de energia, principalmente limpas e renováveis, para suprirem as demandas atuais e futuras.

As inovações tecnológicas permitem que a cada ano sejam efetuados novos lançamentos de produtos de consumo duráveis que facilitam e beneficiam a população. Entretanto, para operacionalizá-los, demanda energia, contribuindo para o aumento do consumo da mesma. Para atender esse consumo, o Brasil tem uma composição da capacidade instalada na matriz de energia elétrica conforme segue: hidro (63,53%), gás (10,47%), petróleo (5,58%), biomassa (8,37%), nuclear (1,46%), carvão mineral (2,48%), eólica (2,11%), fotovoltaica (0,01%), sendo que a produção perfaz 94,01% do consumo brasileiro, os restantes 5,99% são importadas do Paraguai, Argentina, Venezuela e Uruguai, sendo o Paraguai o maior fornecedor representando 5,46%. (AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA [ANEEL], 2013).

O mercado de módulos fotovoltaicos vem se destacando acentuadamente nos últimos anos, com novas tecnologias oferecendo alternativas especialmente desenvolvidas para a integração ao entorno construído. A utilização de energia solar está em crescimento constante. Para o sistema elétrico nacional, instalações deste tipo também apresentam vantagens econômicas diretas e indiretas, relacionadas ao custo evitado. Dentre todas as energias alternativas, esta é a que recebe mais investimento em desenvolvimento todos os anos.

As pesquisas na área de energias renováveis ficaram quase que restritas às universidades e centros de pesquisa durante anos. Entretanto, foi com o lançamento da Resolução 482/2012 da ANEEL (mais tarde complementada pelas resoluções 517/2012 e 687/2015), a qual permite e regulamenta a conexão de micro e mini geradores de energia elétrica à rede de distribuição, que impulsionou o uso esta fonte de energia renovável por meio de sistemas fotovoltaicos conectados à rede (SFVCR). Desde então, já foram instalados mais de 12.000 sistemas no Brasil, sendo aproximadamente 1.000 no Estado do Paraná, os quais necessitam de informações precisas e atualizadas das estimativas da irradiação média diária mensal e anual em superfície, relevantes para o desenvolvimento de novos projetos e também na previsão da geração de energia elétrica em sistemas já instalados

ou a serem implantados no estado. (TIEPOLO, G. M.; PEREIRA, E. B.; URBANETZ JR, J.; PEREIRA, S. V.; GONCALVES, A. R.; LIMA, F. J. L.; COSTA, R. S., ALVES, A. R. 2017)

É importante esclarecer que vários são os parâmetros que podem afetar o rendimento do conjunto de módulos solares fotovoltaicos, também denominado gerador fotovoltaico. O principal deles é o parâmetro radiação solar, que depende fundamentalmente da localização geográfica da instalação, bem como de sua inclinação e orientação. Nesse sentido, diversos grupos de pesquisas alocados em diferentes Estados no país buscam alternativas para minimizar as dificuldades relacionadas à irradiação solar.

Assim, a temperatura dos painéis, o sombreamento parcial, o descasamento entre painéis de um mesmo string (que leva a perdas de rendimento conhecidas como module mismatch losses), as resistências dos condutores e o estado de limpeza dos painéis também influenciam a performance do sistema gerador fotovoltaico. (RÜTHER, 2004).

Vale lembrar que a Alemanha é um dos principais países que incentivam e utilizam a energia fotovoltaica, conforme destaca Rüter (2004), e instituiu tarifas diferenciadas para os edifícios solares fotovoltaicos; as concessionárias alemãs compram a energia gerada por edifícios solares a uma tarifa de US\$ 723/MWh (com tarifa garantida por 20 anos [Siemer, 2003]), o que torna o investimento atrativo. O custo deste programa de incentivo é diluído na tarifa de todos os consumidores, com impacto desprezível.

Embora seja visível a vantagem proporcionada pela adoção do sistema de energia fotovoltaica, como já mencionado, o custo de implantação é elevado. Conforme assevera Rüter (2004), este cenário somente irá se concretizar com a introdução de programas de incentivo, como os praticados na Alemanha e Japão, entre outros países, onde a incidência de radiação solar é muito menor do que no Brasil, mas que têm tido a visão de estimular esta tecnologia em busca de sua viabilidade econômica.

Segundo a ANEEL (2013), a energia solar pode ser utilizada diretamente para iluminação, aquecimento de água e ainda para geração de potência elétrica. A energia solar pode ainda ser convertida diretamente em energia elétrica por meio de efeitos da radiação, dentre os quais o termoeletrico e fotovoltaico. De acordo com a Associação Brasileira de Energia Solar Fotovoltaica (ABSOLAR, 2016), a geração de energia elétrica por fonte solar proporciona benefícios socioeconômicos e ambientais. Segundo dados do Empresa de Pesquisa Energética (EPE):

A média de consumo de energia por residência no Brasil é aproximadamente 159 kWh/mês. Para esse consumo são necessárias 3 placas fotovoltaicas, ocupando uma área de cerca de 6,2 m², segundo empresa especializada. Com o preço médio de mercado de R\$ 2.500,00/placa instalada e levando em consideração que para este consumo o valor médio da conta é de R\$123,00/mês, o retorno do investimento seria em 5 anos, caso o consumidor o fizesse da forma particular.

A ampliação de instalações da energia fotovoltaica pode proporcionar benefícios para as construtoras e para os clientes/consumidores. Os benefícios para a construtora estão desde a preferência do público por empreendimentos sustentáveis, que apresentam uma perspectiva de redução na conta de energia evidenciando o comprometimento da empresa com a sustentabilidade e inovação tecnológica até a possibilidade de atrair mais investidores e bancos financiadores. Há também a possibilidade de conseguir um projeto de Green Bonds com esta ação, tendo, assim, maior facilidade de empréstimos em bancos, conforme informado pelo site do BNDES. (...) O investimento da construtora pode ser através de parceiros como Green Bonds, fundos de investimento em sustentabilidade, bancos investidores, projetos voltados para

matriz energética limpa, renovável e com baixa emissão de Gases de Efeito Estufa. (SOUZA, FERREIRA, 2019).

No entanto, apesar de todas as vantagens e benefícios para a sociedade e meio ambiente, ainda existem muitos obstáculos que impedem uma maior adoção destas medidas que favorecem o desenvolvimento sustentável com o uso de energias renováveis.

Assim, em relação a definição dos impostos municipais, a Constituição de 1934 transferiu aos municípios o poder de tributar os imóveis urbanos. Na sua origem, foram estabelecidos dois tributos distintos: o imposto predial e o imposto territorial, cuja unificação ocorreu por meio da Constituição de 1946, nos termos do artigo 29, inciso I, posteriormente alterado pelas Emendas Constitucionais de nº 5/1961 e 10/1964.

O Imposto Predial e Territorial Urbano é previsto pela Constituição Federal de 1988, na seção V – Dos Impostos dos Municípios, artigo 156, que dispõe sobre a competência dos Municípios, para instituir impostos sobre a propriedade predial e territorial urbana. Também na Lei Maior, o artigo 182 da Constituição Federal prevê que é admitido o uso do IPTU progressivo no tempo, para fins puramente extrafiscais, visando o cumprimento da função social e ambiental da propriedade e da cidade.

Regulamentado pelo Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), o IPTU é de competência dos Municípios e do Distrito Federal e tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município. O contribuinte deste imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título. A base de cálculo para cobrança do tributo é o valor venal dos imóveis, não considerando o valor dos bens móveis mantidos, em caráter permanente ou temporário, no imóvel, para efeito de sua utilização (DE CESARE, 2015).

O proprietário do imóvel que pretende se beneficiar com a redução ou isenção do Imposto deve solicitar à Prefeitura ou Departamentos de Planejamento e Meio Ambiente no ano anterior ao desconto, estando em dia com as documentações e tributos, apresentando as soluções praticadas no imóvel e solicitar a vistoria de um fiscal do órgão público para aprovação do benefício. Os prazos de concessão variam, podendo chegar a cinco anos em alguns municípios e, durante este período, agentes da Prefeitura poderão fiscalizar o imóvel para averiguar se as medidas apresentadas estão sendo cumpridas. Portanto, o Imposto Predial Territorial Urbano é um tributo que pode ser aplicado com caráter fiscal (para arrecadar) e extrafiscal para a proteção e preservação do Meio Ambiente sem que, para isso, se onere ainda mais o contribuinte (OLIVEIRA, 2013).

Portanto, as principais medidas adotadas por alguns Municípios são sistema de captação de águas pluviais, sistemas de aquecimento solar, utilização de materiais sustentáveis, áreas permeáveis, plantio e conservação de espécies nativas em passeios e lotes e implantação de coleta seletiva, no caso de condomínios horizontais e verticais.

5 CONCLUSÃO

Embora o acesso a informação nos últimos anos tenha apresentado vantagens para toda a população, algumas inovações não são divulgadas adequadamente. Muitas pessoas não sabem da existência da energia fotovoltaica, e os benefícios que sua implantação pode trazer no sentido econômico e ambiental.

I- Trata-se de um instrumento que apesar do alto custo de implantação, reduz o consumo de energia elétrica gerada através de energia não renovável, tanto nas sociedades empresariais quanto nas residências.

II – A preocupação com a preservação ambiental encontra-se em destaque desde o projeto elaborado para a construção de imóveis urbanos até a finalização, adequando as instalações e o sistema de geração de energia sustentáveis.

III – Ideias inovadoras tem sido destaque na sociedade, através das startups de tecnologias limpas. O meio ambiente artificial tem sido o foco das aplicações das cleantechs, pois os prejuízos decorrentes da interação do homem em seu meio e as transformações ocorridas devem ser observadas e regulamentadas de acordo com o direito urbanístico.

IV – Incentivos para criação de novas ideias o governo dispõe, porém, os recursos que a população necessita para aderir às tecnologias limpas ainda é inviável devido aos valores de aquisição dos equipamentos.

Dessa forma, através desta pesquisa torna-se possível a divulgação com o viés instigador, uma vez que a implantação dos painéis fotovoltaicos condiz com os objetivos de desenvolvimento sustentável com a implantação de tecnologias limpas. Os incentivos municipais ofertados pelo desconto dos impostos é uma alternativa para a população participar da manutenção do equilíbrio ecológico economizando recursos financeiros. O que é necessário para a conservação do ambiente que vivemos e partilhamos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABSOLAR – Associação Brasileira de Energia Solar Fotovoltaica. **Geração distribuída solar fotovoltaica**. Rio de Janeiro: Encontro Nacional dos Agentes do Setor Elétrico, 2016.

ABSTARTUPS. **Programas para Startups**. [s.d.].

ABSTARTUPS. **Sobre a ABStartups**. 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Atlas de energia elétrica no Brasil/Agência Nacional de Energia Elétrica**. 3 ed. – Brasília: Aneel, 2008.

AGUILAR, R.S; OLIVEIRA, L.C.S; ARCANJO, G.L.F. **Energia Renovável : Os Ganhos E Os Impactos Sociais , Ambientais E Econômicos Nas Indústrias Brasileiras**. In: XXXII Encontro Nacional De Engenharia De Producao. Bento Gonçalves. Rio Grande do Sul: UFRGS, 2012

BARBIERI, José Carlos. **Gestão Ambiental Empresarial: Conceitos, Modelos e instrumentos**. I Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

BLANK, Steve. **Four steps to the epiphany**. 2. ed. [s.l.]: Cafepress, 2007.

BRASIL, Luciano de Faria. **Direito Urbanístico e Políticas Públicas: Do planejamento urbano à gestão urbanística**. Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre, n. 74, jul. 2013 – dez. 2013. p. 99-118.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Dispõe sobre a Política nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação , e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm . Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999. **Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9795.htm . Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Diretoria de Educação Ambiental. Ministério da Educação; Coordenação Geral de Educação Ambiental. Programa Nacional de Educação Ambiental - ProNEA. 3. ed. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2005. 102 p. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/educamb/_arquivos/pronea_3.pdf . Acesso em: 30 mar. 2019.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas.** v. 3. São Paulo: Saraiva, 1997.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito empresarial: direito de empresa.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DE CESARE, C. M., et al. **Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana: Caderno Técnico de Regulamentação e Implementação.** Brasília: Ministério das Cidades, 2015. 112 pp.

EPE – Empresa de Pesquisa Energética. **O compromisso do Brasil no combate às mudanças climáticas: produção e uso da energia.** Rio de Janeiro, 2016.

FERREIRA, Antonio G. **Dicionário de Latim-Português.** Porto: Porto Editora, 1996. p. 507

FONSECA, Mariana. Revista Exame: **Startup de Curitiba oferece energia solar a 20 reais por mês.** (16 set 2016, 20h04). Disponível em: <https://exame.abril.com.br/pme/startup-de-curitiba-oferece-energia-solar-a-20-reais-por-mes/> Acesso: 21 jun.2019.

FREITAS, Caroline de. **A onda das startups.** 2014. Elaborada por Revista ABRH Brasil - Melhor gestão de pessoas. Disponível em: <http://revistamelhor.com.br/a-onda-dos-startups/> . Acesso em: 03 jun. 2019.

FREITAS, G.C.; DATHEIN, R. **As energias renováveis no Brasil: uma avaliação acerca das implicações para o desenvolvimento socioeconômico e ambiental.** Revista Nexos Econômicos, v. 7, n. 1, p. 71-94, 2013.

GIHATY, Yuri. **O que é uma startup?** Exame, São Paulo, 3 fev. 2016. Disponível em: . <https://exame.abril.com.br/pme/o-que-e-uma-startup/> Acesso em: 16 jun. 2019.

HOFFMANN, W. PVsolar electricity industry: Market growth and perspective. *Solar Energy Materials & Solar Cells*, v. 90, p. 3285-3311, 2006.

JORNAL DO COMÉRCIO (08/01/2019) Disponível em: **Startup cria clube de assinaturas para consumo de energia fotovoltaica**. https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/economia/2018/12/663376-startup-cria-clube-de-assinaturas-para-consumo-de-energia-fotovoltaica.html. Acesso: 21 jun.2019.

KESHNER, M. S., ARYA, R. 2003. **Study of potential cost reductions resulting from super large scale manufacturing of PV modules**. Disponível em: <http://www.nreal.gov>

LAZZARINI, Marilena. **Consumo responsável. Comunicação Empresarial**, São Paulo, ano 16, n. 59, p. 48-49, jun. 2006.

LENZI, C. L., 2006. **Sociologia ambiental: risco e sustentabilidade na modernidade**. São Paulo: Edusc.

LORENZO, Ítalo di. **Direito Urbanístico**. Turim, Urdone Tipografico-Editrice Torinese (UTET), 1973.

LUSTOSA, Maria Cecília Junqueira. **Economia e meio ambiente: revendo desafios**. Disponível em: <http://www.jornaldeplasticos.com.br/jpjulo1/pago7.html>. Acesso em: 02 jun.2019.

MARANHÃO, Eliane Montenegro de Albuquerque. **Responsabilidade Social Empresarial e a relação entre as empresas, o Estado e as comunidades: um estudo na região II de Fortaleza**. 2006. ? f. Dissertação (Mestrado em Administração). Universidade de Fortaleza, Fortaleza.

MARQUES, Clarice Gonçalves Pires. **O Direito Urbanístico e o desafio da gestão ambiental sustentável no município**. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.8, n.16 p.189-210. Julho/Dezembro de 2011

MASCARENHAS, L. M. A. **Visão sistêmica no Direito Ambiental pátrio**. In: Congresso Internacional de Direito Ambiental, congresso Brasileiro de Direito Ambiental – Fauna, Políticas Públicas E Instrumentos Legais, 8., 9., 2004, São Paulo. Anais... São Paulo, SP: Instituto o Direito por um Planeta Verde, 2004.

OLIVEIRA, José Antônio Puppim de. **Empresas na sociedade: sustentabilidade e responsabilidade social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

OLIVEIRA, D. B. de. **“IPTU Verde”: Uma perspectiva legislativa no Município de Pelotas**. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade Federal de Pelotas: v.1, n.1, jan.-jun. 2014.

OLIVEIRA, Lourival José de; SCHWERTNER, Isadora Minotto Gomes. **Breve análise das práticas de responsabilidade social empresarial e a concessão de incentivos governamentais em âmbito federal**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9864> > Acesso em: 20 jun. 2019.

PINTO, Victor Carvalho (2010). “Do estatuto da cidade ao código de urbanismo.” In: **Senado Federal. Agenda legislativa para o desenvolvimento nacional – 2011**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/outras-publicacoes#temas-eagendas-para-o-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso: 21 jun.2019.

POPONI, D. **Analysis of diffusion paths for photovoltaic technology base don experiences curves**. Solar Energy, v. 74, p. 331-340, 2003.

PORTAL BRASILEIRO DE ENERGIAS RENOVÁVEIS. **Fontes de Energia Renovável**. Disponível em: <https://www.portal-energia.com/> Acesso em: 18 jun. 2019.

RAUEN, Cristiane Vianna. **O novo marco legal da inovação no Brasil: o que muda na relação ICT-Empresa**. Radar, Brasília, v. 43, p. 21-35, fev. 2016. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/6051> Acesso em: 13 jun. 2019.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTR, 2002.

RÜTHER, Ricardo ; SALAMONI, Isabel. **O potencial dos setores urbanos brasileiros para a geração de energia solar fotovoltaica de forma integrada às edificações**. Fórum Patrimônio, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 84-94, 2011.

RÜTHER, Ricardo. Edifícios solares fotovoltaicos. **O Potencial da Geração Solar Fotovoltaica Integrada a Edificações Urbanas e Interligada à Rede Elétrica Pública no Brasil**. Florianópolis : LABSOLAR, 2004. Disponível em: <https://fotovoltaica.ufsc.br/sistemas/livros/livro-edificios-solares-fotovoltaicos.pdf> Acesso: 21 jun.2019.

SALAMONI, I. T. **Um programa residencial de telhados solares para o Brasil: diretrizes de políticas públicas para a inserção da geração fotovoltaica conectada à rede elétrica**. 2009. Tese (Doutorado pelo Programa de Pós- Graduação em Engenharia Civil) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

SANTOS, H. M. **Impacto da Produção de Energias Renováveis nas Emissões de CO₂**. [Trabalho de Conclusão de Curso] Faculdade de Economia Universidade de Porto, 2015.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SHENINI, Pedro Carlos; NASCIMENTO, Daniel Trento do. **Gestão Pública sustentável**. Revista de Ciências da Administração – v.4, n.08, jul/dez 2002.

SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico**. Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8ª ed.- Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6º ed. São Paulo: Malheiros, 2008

SIRVINSKAS, I.P. **Manual de Direito Ambiental**. 3º Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SOUSA, Ana Carolina Cardoso. **Responsabilidade social e Desenvolvimento Sustentável. A incorporação dos conceitos á Estratégia Empresarial**. Disponível em: <http://www.ppe.ufrj.br/index.php/pt/publicacoes/dissertacoes/2006/1083-responsabilidade-social-e-desenvolvimento-sustentavel-a-incorporacao-dos-conceitos-a-estrategia-empresarial> Acesso: 02 abr. 2019.

SOUZA, Thais de Moraes; FERREIRA, Maria Emilia Martins . **Desafios da energia fotovoltaica e ações de sustentabilidade para o programa habitacional “minha casa, minha vida”**. BIOFIX Scientific Journal v. 4 n. 1 p. 64-69 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/biofix/article/view/62878/37621> Acesso: 23 jun. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. **O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais** (art. 2º). In:

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)**. 3. ed. atual. de acordo com as Leis 11.673, de 8.5.2008 e 11.977, de 7.7.2009. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 46).

TEIXEIRA, Tarcisio; LOPES, Alan **Startups e inovação: direito no empreendedorismo**. Barueri: Manole, 2017.

TIEPOLO, G. M.; PEREIRA, E. B.; URBANETZ JR, J.; PEREIRA, S. V.; GONCALVES, A. R.; LIMA, F. J. L.; COSTA, R. S., ALVES, A. R. **“Atlas de Energia Solar do Estado do Paraná”**. 1ª Edição. Curitiba: UTFPR, 2017. Disponível em: <http://atlassolarparana.com/> Acesso: 21 jun. 2019.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **A função social da empresa**. In: Revista dos Tribunais. ano 92. v.810. Abril. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VANDERMERWE, S. & OLIFF, M.D. **Customers drive corporations green (impact on corporate strategic planning)**. Long Range Planning, Oxlord, 23(6):10-16, Dec. 1990.

VINHA, Valeria Gonçalves da. **Estratégias Empresariais e a gestão do Social: O diálogo com os grupos de interesse (Stakeholders)**. IX Congresso Brasileiro de Energia, Rio de Janeiro, 2002.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

EFICÁCIA OU SIMBOLISMO? UMA ANÁLISE DAS
MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA NO RITO DA LEI
MARIA DA PENHA

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH
LUÍS GUSTAVO MEZZARI

VOLUME 12 | NÚMERO 1 | JAN/JUN 2021

EFICÁCIA OU SIMBOLISMO? UMA ANÁLISE DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA NO RITO DA LEI MARIA DA PENHA

EFFECTIVENESS OR SYMBOLISM? AN ANALYSIS OF PROTECTIVE EMERGENCY MEASURES IN THE RITE OF THE MARIA DA PENHA LAW

Recebido: 02/03/2021
Aprovado: 21/07/2021

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth ¹
Luís Gustavo Mezzari ²

RESUMO:

O artigo analisa as medidas protetivas de urgência, no enfrentamento à violência doméstica contra a mulher no Brasil, a partir do advento das Leis nº 11.340/2006 e nº 13.641/2018. A problemática que orienta a pesquisa pode ser sintetizada da seguinte forma: as medidas protetivas de urgência oferecem, efetivamente, proteção e segurança às vítimas de crimes subsumidos ao rito da Lei Maria da Penha durante a fase investigatória e processual e quais outros mecanismos poderiam ser explorados para ampliar a eficácia destas medidas? Parte-se da hipótese de que os mecanismos legais legislados com a finalidade de assegurar a integridade física, psíquica e moral da vítima que recorre à justiça com o intuito de fazer cessar as agressões domésticas, não são capazes de resguardar à mulher seus direitos de proteção descritos na Constituição Federal e na Lei nº 11.340/2006, uma vez que são recorrentes os casos de agressão à vítima, por parte do acusado, no decorrer da investigação criminal e do processo judicial. O objetivo geral do estudo consiste em realizar a análise crítica da vigência das medidas protetivas de urgência, para que se possa estabelecer um ponto entre a eficácia prática destas medidas e o seu simbolismo penal. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Violência doméstica contra a mulher. Lei Maria da Penha. Medidas protetivas de urgência.

ABSTRACT:

The article analyzes urgent protective measures to tackle domestic violence against women in Brazil, following the advent of Laws 11.340/2006 and 13.641/2018. The problem that guides the research can be summarized as follows: urgent protective measures effectively offer protection and security to victims of crimes under the rite of the Maria da Penha Law during the investigative and procedural phase and what other mechanisms could be explored to increase the effectiveness of these measures? It is based on the hypothesis that the legal mechanisms legislated with the

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal e Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos – da UNIJUÍ. Professor do Curso de Graduação em Direito da UNIJUÍ. Pesquisador Gaúcho da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS). Líder do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos, certificado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Membro da Rede Brasileira de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos. Coordenador do Projeto PROCAD/CAPES “Rede de cooperação acadêmica e pesquisa: eficiência, efetividade e economicidade nas políticas de segurança pública com utilização de serviços de monitoração eletrônica e integração de bancos de dados”. Email: madwermuth@gmail.com
² Advogado. Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Email: madwermuth@gmail.com

purpose of ensuring the physical, psychological and moral integrity of the victim who appeals to justice in order to stop domestic aggressions, are not able to protect women their rights of protection described in the Federal Constitution and Law 11.340/2006, since the cases of aggression to the victim by the accused are recurrent during the course of the criminal investigation and the judicial process. The general objective of the study is to carry out a critical analysis of the duration of emergency protective measures, so that a point can be established between the practical effectiveness of these measures and their criminal symbolism. The method used is the hypothetical-deductive, with bibliographic and documentary research technique.

Keywords: Domestic violence against women. Maria da Penha Law. Urgent protective measures.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Por meio do estudo histórico-social da violência doméstica e familiar contra a mulher e de seus (ainda) insuficientes mecanismos legais e sociais de proteção, sobretudo a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), constata-se que os recursos de tutela e defesa das mulheres no desdobramento do processo judicial, por meio das chamadas “medidas protetivas de urgência”, ainda se afiguram como ineficazes no sentido de garantir às vítimas total bem estar e segurança, necessários devido à relação afetuosa e perturbada entre os polos processuais. Isso, por muitas vezes, acaba por gerar danos e/ou riscos maiores à mulher do que aqueles tutelados na própria ação. Desta forma, preocupam-se os legisladores e juristas em dar maior efetividade a estas medidas de proteção imediata, indispensáveis para o pleno desenvolvimento do processo e proteção da mulher, o que se evidencia, no ordenamento jurídico brasileiro, com a promulgação da Lei nº 13.641/2018, que visa a ampliar a eficácia destas medidas, tornando crime específico o seu descumprimento.

Neste sentido, o tema da presente pesquisa consiste na análise da eficácia das medidas protetivas de urgência com o advento das Leis nºs 11.340/2006 e 13.641/2018 e seus efeitos no enfrentamento à reiteração da violência doméstica e familiar contra a mulher, sob a perspectiva de um sistema penal punitivista que, por muitas vezes, age através do simbolismo para encobrir questões sociais de difícil resolução – a exemplo da violência doméstica.

Assim, a problemática que orienta a presente pesquisa pode ser sintetizada da seguinte forma: as medidas protetivas de urgência oferecem, efetivamente, proteção e segurança às vítimas de crimes subsumidos ao rito da Lei Maria da Penha durante a fase investigatória e processual e quais outros mecanismos poderiam ser explorados para ampliar a eficácia destas medidas?

A análise geral quanto ao tema, que visa a dar uma resposta adequada à presente problemática, partirá da hipótese básica de que os mecanismos legais legislados com a finalidade de assegurar a integridade física, psíquica e moral da vítima que recorre à justiça com o intuito de fazer cessar as agressões domésticas, não são capazes de resguardar à mulher seus direitos de proteção descritos na Constituição Federal e na Lei nº 11.340/2006, uma vez que são recorrentes os casos de agressão à vítima, por parte do acusado, no decorrer da investigação criminal e do processo judicial. Isso ocorre muito embora tenha o legislador se preocupado em ofertar à vítima e ao Ministério Público instrumentos legais/processuais que, quando postos em prática, demonstram certo utopismo e, embora não se tenha um estudo específico quanto ao percentual de descumprimento das medidas protetivas no Brasil, a análise comparativa de outras estatísticas aponta para números alarmantes, senão, vejamos:

a) Conforme dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça e Departamento de Pesquisas Judiciárias, foram deferidas 236.641 medidas protetivas no ano de 2017 (MONTENEGRO, 2018);

b) Conforme Mapa da Violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil, a taxa de reincidência de crimes contra a mulher é de quase 50%, mais especificamente 49,2% (WASELFISZ, 2015, p. 51);

c) Em 2016, tramitaram na Justiça do País mais de um milhão de processos referentes à violência doméstica contra a mulher, o que corresponde, em média, a 1 processo para cada 100 mulheres brasileiras, conforme dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (BANDEIRA, 2017).

A partir destes dados, é possível observar que o número de medidas protetivas deferidas é pequeno quando comparado com a quantidade de processos em tramitação no país. Para efeito desta pesquisa serão analisadas as informações referentes a 3 (três) anos distintos, uma vez que não se dispõe destas informações em um ano específico. Assim, o período referido serve como uma boa base para esta análise, tendo em vista que os números anuais mudam gradativamente, uma vez que, ao se comparar os números de medidas protetivas deferidas no ano de 2017, com a média de processos referentes à violência doméstica contra a mulher (especificamente neste cálculo, cerca de 1,2 milhões, conforme aponta o site do Conselho Nacional de Justiça (BANDEIRA, 2017) no ano de 2016, obtém-se a média de deferimento de medidas protetivas em 19% dos processos correntes. Este índice afigura-se como baixíssimo se for levado em consideração o dado de que cerca de 50% dos casos de violência contra a mulher sofreram com a reincidência no ano de 2015, número este que inexplicavelmente sofreria uma redução significativa nos anos seguintes.

Desta forma, o objetivo geral do presente estudo consiste em demonstrar as imperfeições legislativas e práticas no que tange à proteção da mulher em sede de “pós-denúnciação” de violência sofrida no âmbito doméstico, bem como os avanços legais e sociais decorrentes de anos de aprimoramento dos aparatos de defesa e tutela dos interesses das mulheres, sobretudo no que diz respeito à sua segurança. Esta pesquisa também pretende realizar a análise crítica da vigência das medidas protetivas de urgência, utilizando-se dos argumentos e fundamentos da Criminologia em comparação com as diversas fontes estatísticas quanto ao tema e apontamentos doutrinários, para que se possa estabelecer um ponto entre a eficácia prática destas medidas e o seu simbolismo penal.

Os objetivos específicos da pesquisa são: a) realizar um estudo da violência doméstica e familiar contra a mulher com o intuito de verificar os primeiros mecanismos utilizados como forma de medidas protetivas de urgência, bem como sua evolução com o advento da Lei nº 11.340/2006 e da Lei nº 13.641/2018, que passou a tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência, ao acrescentar o art. 24-A à Lei Maria da Penha; b) especificar as diversas formas de medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor e à ofendida, vigentes no ordenamento jurídico brasileiro e dispostas nos artigos 22, 23 e 24 da Lei Maria da Penha; c) analisar métodos ainda não explorados pela legislação que poderiam dar maior efetividade às medidas protetivas de urgência.

A relevância da presente pesquisa se justifica pela extrema importância das medidas protetivas de urgência como forma de garantir às mulheres proteção contra seus agressores, sobretudo, na medida em que o domicílio conjugal, local onde ocorre grande parte das agressões, se torna um verdadeiro campo de exceção à regra (WERMUTH; NIELSSON, 2016).

O debate sobre o tema recebe maior ênfase a partir da publicação da Lei nº 13.641/2018 que visa a intimidar os agressores, tipificando o crime de descumprimento de medidas

protetivas de urgência. Acerca do tema, ainda não se localiza na doutrina uma análise contundente sobre a nova legislação.

Por fim, a presente pesquisa também se justifica pela necessidade de garantir às mulheres sua dignidade e igualdade, que por muitos anos restou prejudicada devido ao arcaico modelo de família patriarcal em que o homem atuava dentro do domicílio sob as próprias regras em uma sociedade que costumeiramente utilizava o bordão “em briga de homem e mulher, não se mete a colher” como forma de vedar os próprios olhos ao problema. Também se justifica em face da impunidade, que por diversas ocasiões resultou na morte da vítima, como forma de resolução do conflito menosprezado pela legislação e pelo Judiciário.

O método utilizado na pesquisa é o hipotético-dedutivo, uma vez que, através da análise doutrinária acerca do tema, bem como de artigos científicos, da jurisprudência de julgados quanto ao assunto e das estatísticas levantadas pelos órgãos competentes, será analisada a proposição inicial, a qual integra o título do presente estudo, como forma de dar uma resposta fundamentada a esta problemática, qual seja, se as medidas protetivas de urgência são, de fato, eficazes ou simbólicas.

2 UMA ANÁLISE HISTÓRICO-SOCIAL DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO ÂMBITO DOMÉSTICO PATRIARCALISTA: A EXCEÇÃO COMO REGRA

A presente pesquisa tem como marco inicial a análise histórico-social da violência contra a mulher no âmbito doméstico, decorrente do formato de família patriarcal que predominou até, conforme aponta José Aldyr Gonçalves (2009), o final do milênio passado, período este que “já marcava a contestação de suas bases fundamentais, especialmente pelos processos de transformação do trabalho feminino e pela repercussão da conscientização da mulher”. No período mencionado, a mulher já havia adquirido certos direitos devido à forte influência do movimento feminista no Brasil, como bem enumera Tatiana Barreira Bastos (2013, p. 19): a) conquista dos direitos políticos, em 1932, formalmente reconhecidos pela Constituição Federal de 1934; b) a igualdade de gêneros, reconhecida em 1948, por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos; e, de um modo mais amplo, c) o reconhecimento da dignidade da pessoa humana no direito interno por meio da Constituição Federal de 1988.

Contudo, muito embora o reconhecimento dos direitos das mulheres estivesse positivado ao final do século, sobretudo, o direito à igualdade, o arcaico formato de família patriarcal continuou a exercer efeitos nas relações domésticas da atualidade. Conforme refere Maria Berenice Dias (2012, p. 19),

durante a maior parte da história, o patriarcado foi incontestavelmente aceito por ambos os sexos e legitimado com base nos papéis de gênero diferenciado, nos valores a eles associados e em uma separação sexual entre as esferas pública e privada.

Porém, embora houvesse uma aceitação deste modelo por ambos os sexos no passado, inegável é que este sexismo, estruturado a partir do patriarcado, teve como resultado uma hierarquia decorrente da diferença biológica de gênero. Este modelo parece ter deixado sequelas permanentes nas relações domésticas e transformado o lar conjugal, entendido como a esfera privada na qual a mulher estava inserida, em um verdadeiro “campo de exceção” (WERMUTH; NIELSSON, 2016).

“A figura da exceção, em determinadas circunstâncias, permite, assim, a suspensão do direito sobre certas pessoas ou grupos, transformando a sua vida em vida nua, ou seja, vida vulnerável, facilmente controlável” (WERMUTH; NIELSSON, 2016, p.15). A partir disto,

é possível entender a relação doméstica entre o homem e a mulher (esfera privada) como a circunstância determinada e as mulheres como o grupo de direitos suspensos e de vida vulnerável.

Desta forma, o homem passou a exercer dentro deste “campo” a função de soberano, que é aquele quem toma as decisões como detentor do poder dentro do estado de exceção (WERMUTH; NIELSSON, 2016, p.16), restando a mulher como simples cumpridora dos deveres domésticos e maternos. Ocorre que, uma vez submetidas ao poder e às vontades dos patriarcas, as mulheres tiveram suas vidas restringidas à esfera privada, onde eram desprovidas de seus direitos e isoladas do mundo externo. Mais ainda, elas eram afastadas de suas próprias famílias pelo patriarca, como forma de domínio (DIAS, 2012, p. 21), que resultou em uma espécie de lei do silêncio dentro do âmbito doméstico-familiar.

Conforme bem aponta Maria Berenice Dias (2012, p. 20),

acostumada a realizar-se exclusivamente com o sucesso do par e o desenvolvimento dos filhos, a mulher não consegue encontrar, em si, o centro de gratificação própria. O medo, a dependência econômica, o sentimento de inferioridade, de menos valia, decorrentes da ausência de realizações pessoais, impuseram-lhe a lei do silêncio.

O silêncio fez com que por muitos anos a impunidade reinasse na violência de gênero. Isto porque,

em seu íntimo, [a mulher] se acha merecedora da punição por ter deixado de cumprir as tarefas que acredita serem de sua exclusiva responsabilidade. Um profundo sentimento de culpa [que] a impede de usar a queixa como forma de fazer cessar a agressão. (DIAS, 2012, 20).

Como resultado histórico, temos o atual baixo número de queixas prestadas por atos de violência cometidos contra a mulher no espaço doméstico. Há de se destacar, no entanto, que o silêncio não é o problema fim, como aparentar ser, mas sim, o ponto inicial da violência doméstica, na medida em que, conforme aponta Maria Berenice Dias (2012, 21),

primeiro vem o silêncio seguido da indiferença. Depois surgem reclamações, reprimendas, reprovações. Em seguida começam os castigos e as punições. A violência psicológica transforma-se em violência física. Os gritos transformam-se em empurrões, tapas, socos, pontapés, num crescer sem fim.

Desta forma, o silêncio, inserido no lar entendido como um “campo de exceção” controlado pelo “soberano”, fez com que a violência doméstica se tornasse um verdadeiro empecilho à vida das mulheres, na medida em que incessantemente introduzia ao seu já conturbado cotidiano uma dose desmesurada de medo e insegurança. Isso constitui um obstáculo a seus direitos já positivados, uma vez que raramente os fatos chegavam às autoridades competentes que pouco faziam e pouco podiam fazer quando tentavam dar uma resolução adequada ao fato. Assim, o lar conjugal passou a ser um dos principais locais em que a violência contra a mulher ocorria e que continua ocorrendo.

Conforme dados levantados por Julio Jacobo Waiselfisz (2015, p. 39), 27,1% dos homicídios cometidos contra mulheres no ano de 2015 ocorrem em domicílio. Trata-se de um número expressivo se for levado em conta que no caso dos homens a porcentagem do mesmo dado atinge apenas 10,1%, conforme tabela abaixo:

Tabela 1 – Homicídios contra homens e mulheres em diferentes espaços

Local	Fem.	Masc.
Estabelecimento saúde	25,2	26,1
Domicílio	27,1	10,1
Via pública	31,2	48,2
Outros	15,7	15,0
Ignorado	0,8	0,7
Total	100,0	100,0

Fonte: Mapa da Violência 2015. Homicídio de mulheres no Brasil.

O “Atlas da Violência 2020 – Principais resultados” aponta que, no ano de 2018, 4.519 mulheres foram assassinadas no Brasil, o que representa uma taxa no patamar de 4,3 homicídios para cada 100 mil mulheres. No país, segundo o relatório, uma mulher é assassinada a cada duas horas. Ainda de acordo com o estudo, “segundo a tendência de redução da taxa geral de homicídios no país, a taxa de homicídios contra mulheres apresentou uma queda de 9,3% entre 2017 e 2018.” No entanto, observa-se “que a rua foi cenário para 69,4% dos incidentes, quando a vítima era homem, e 45,1%, quando mulher”. Deste modo, torna-se possível observar “que o percentual de mulheres que sofrem a violência dentro da residência é 2,7 maior do que o de homens, o que reflete a dimensão da violência de gênero e, em particular, do feminicídio.” (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020, p. 11).

Como os dados estimam apenas os delitos de homicídios, não levando em conta outros crimes cometidos contra a mulher, bem como por não se referirem apenas a delitos praticados por companheiros ou ex-companheiros, mas sim, por qualquer pessoa, homem ou mulher, o número de homicídios cometidos contra mulheres em via pública é superior aos cometidos em domicílio. Ocorre que, se for levada em conta a ausência destas especificações, pode-se constatar a alta domesticidade dos delitos praticados contra a mulher em comparação aos homens. Sobretudo, se levados em conta os dados do Sistema Único de Saúde que estipulou que, das mulheres atendidas em 2011, 68% declaram que o agressor se encontrava dentro do lar (BIANCHINI, 2014. p. 78).

Se fosse realizada uma análise superficial, seria possível concluir que o enfraquecimento do modelo familiar patriarcal, resultado da progressiva inserção da mulher na esfera pública, na medida em que “ao se integrar no mercado de trabalho, saiu do lar, impondo ao homem a necessidade de assumir responsabilidades domésticas e de cuidado com a prole” (DIAS, 2012, p. 20), acarretaria a redução, também progressiva, da violência contra a mulher, uma vez que ela estaria se distanciando da vida privada, onde sofria com o silêncio e com a restrição de seus direitos, e se aproximando do mundo externo, onde detentora de direitos já positivados. Contudo, os dados estatísticos divergem desta afirmação lógica, porém precipitada.

Conforme se verifica pela tabela abaixo, desde o ano de 1980 até 2013, houve um aumento de 252% no número de mulheres vítimas de homicídios, passando de 1.353 vítimas, em 1980, para 4.762, em 2013. É possível verificar, também, que o aumento do número de casos progride anualmente, havendo o aumento de 7,6% ao ano de 1980 a 2006, ano que passou a vigorar a Lei Maria da Penha, vindo este número a diminuir de 2006 a 2013, quando passou a aumentar 2,6% ao ano, o que demonstra o efeito positivo da Lei no combate à violência doméstica (WASELFISZ, 2015, p. 39). Embora também haja um aumento anual do número de mulheres no país, as taxas para cada 100.000 mulheres, também presentes na tabela, não deixam dúvidas quanto ao progressivo aumento de casos.

Tabela 2 – Números de mulheres vítimas de homicídios no Brasil (1980-2013)

Ano	n.	Taxas	Ano	n.	Taxas
1980	1.353	2,3	2001	3.851	4,4
1981	1.487	2,4	2002	3.867	4,4
1982	1.497	2,4	2003	3.937	4,4
1983	1.700	2,7	2004	3.830	4,2
1984	1.736	2,7	2005	3.884	4,2
1985	1.766	2,7	2006	4.022	4,2
1986	1.799	2,7	2007	3.772	3,9
1987	1.935	2,8	2008	4.023	4,2
1988	2.025	2,9	2009	4.260	4,4
1989	2.344	3,3	2010	4.465	4,6
1990	2.585	3,5	2011	4.512	4,6
1991	2.727	3,7	2012	4.719	4,8
1992	2.399	3,2	2013	4.762	4,8
1993	2.622	3,4	1980/2013	106.093	
1994	2.838	3,6	Δ% 1980/2006	197,3	87,7
1995	3.325	4,2	Δ% 2006/2013	18,4	12,5
1996	3.682	4,6	Δ% 1980/2013	252,0	111,1
1997	3.587	4,4	Δ% aa. 1980/2006	7,6	2,5
1998	3.503	4,3	Δ% aa. 2006/2013	2,6	1,7
1999	3.536	4,3	Δ% aa. 1980/2013	7,6	2,3
2000	3.743	4,3			

Fonte: Mapa da Violência 2015. Homicídio de mulheres no Brasil.

Segundo o “Atlas da Violência 2020 – Principais resultados”, “entre 2008 e 2018, o Brasil teve um aumento de 4,2% nos assassinatos de mulheres, sendo que, entre 2013 e 2018, a taxa de homicídios na residência aumentou 8,3% havendo estabilidade entre 2017 e 2018 (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020, p. 12).

Desta forma, é possível constatar numericamente que a contestação dos paradigmas da família patriarcal, ocorrida, sobretudo, no “final do milênio passado”, conforme referido por José Aldyr Gonçalves (2009), e, logicamente, no início deste século, não é caracterizada pela redução dos casos de violência doméstica e sim pelo seu aumento. Isto porque o patriarcalismo não só atua como fonte de violência contra a mulher, como também a sua gradativa quebra paradigmática acarreta a “ira” do “soberano”, fazendo com que este se utilize de todos os empecilhos criados através de anos de patriarcalismo como forma de manter sua dominação sólida, tendo em vista que a horizontalização da relação lhe acarretaria maiores responsabilidades e deveres, bem como a perda de sua imagem social de “homem soberano”.

Além de demonstrar a gradatividade anual da violência contra a mulher, a tabela acima é reveladora no sentido de demonstrar que a publicação de leis de proteção à mulher é uma forma eficaz de combater este mal, uma vez que a simples (ou talvez nem tão simples assim, devido ao seu atraso e complexidade) publicação da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) resultou na expressiva redução das taxas de casos de homicídio contra a mulher no ano seguinte à sua vigência, qual seja, o ano de 2007. Infelizmente, já no ano de 2008 a taxa voltou a se igualar ao ano da publicação da Lei e continuou a aumentar, devido à ineficácia de alguns dispositivos nela presentes, mormente, as medidas protetivas de urgência. É sobre essas medidas que se ocupa o tópico seguinte.

3 AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA NA LEI MARIA DA PENHA E O ADVENTO DA LEI Nº 13.641/2018

Embora a Lei Maria da Penha tenha constituído “avanço inovador do Brasil em sede de direitos humanos, mostrando-nos, em agosto de 2006, como o 18º país da América Latina a aperfeiçoar sua legislação sobre a proteção da mulher” (JESUS, 2015, p. 52), esta legislação e seus institutos ainda são objeto de muitas críticas. No entanto, por serem objeto do presente

estudo as medidas protetivas de urgência, serão enfocadas as análises e críticas ao que diz respeito às referidas medidas.

Para Alice Bianchini (2014, p. 178),

as medidas protetivas de urgência constituem a principal inovação da Lei Maria da Penha ao lado da criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Até então, o juiz, nesses casos, encontrava-se muito limitado nas suas ações voltadas à proteção da mulher [...] As medidas protetivas permitiram não só alargar o espectro de proteção da mulher, aumentando o sistema de prevenção e combate à violência, como também dar ao magistrado uma margem de atuação para que possa decidir por uma ou outra medida protetiva, de acordo com a necessidade exigida pela situação.

Consoante se depreende da lição de Alice Bianchini, o juiz, antes da criação do instituto das medidas protetivas, possuía uma limitação muito forte em sua atuação na proteção da mulher. Assim, para melhor compreensão da importância dada pelos doutrinadores ao referido instituto, é necessário, antes de realizar uma análise mais profunda de suas características, compreender e examinar o panorama legal anterior ao advento da Lei Maria da Penha.

Inicialmente, deve-se levar em consideração o fato de que a legitimidade para julgar os casos de violência doméstica pertencia aos Juizados Especiais Criminais, tendo em vista que a promulgação da Lei nº 10.886/2004, que inseriu o §9º ao art. 129, do Código Penal (lesões corporais), aumentou em 3 (três) meses a pena mínima do delito em sua forma simples, não havendo modificações em sua pena máxima, passando a vigor da seguinte forma:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

[...]

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano. (BRASIL, 1940)

Por não possuir pena máxima superior a 1 (um) ano, tendo em vista que o art. 61, da Lei nº 9.099/1995, ainda não havia sido alterado por força da Lei nº 11.313/2006, que agora prevê que a pena máxima não pode ser superior a 2 (dois) anos para que se considere infração penal de menor potencial ofensivo, aplicava-se o rito dos Juizados Especiais Criminais.

Conforme aponta Damásio de Jesus (2015, p. 51),

com a agravamento da pena mínima de detenção, de 3 para 6 meses, não ficara afastada a aplicação da transação penal (art. 76, da Lei nº 9.099/95) nem do *sursis* processual (art. 89 da mesma lei), sendo cabíveis as penas restritivas de direitos (art. 44 do CP). Quanto à ação penal, tratando-se de lesão corporal leve (§9º), a iniciativa da autoridade policial e do Ministério Público dependia da representação da ofendida (art. 88 da Lei dos Juizados Especiais Criminais).

Desta forma, os acusados por lesões corporais contra a mulher eram facilmente liberados a retornarem ao domicílio comum em virtude da possibilidade de transação penal e *sursis* processual, não havendo qualquer possibilidade de decretação de medidas de proteção à mulher e, sequer, prisão preventiva. Ainda, o juiz não podia agir de ofício, tampouco a autoridade policial e o Ministério Público podiam dar continuidade ao procedimento acusatório sem a anuência da vítima, salvo nos casos de “lesão corporal grave, gravíssima ou seguida da morte (art. 129, §§ 1º, 2º e 3º), praticada em qualquer das circunstâncias definidoras da violência doméstica

contra a mulher (§9º)” (JESUS, 2015, p. 51), sendo que a ação penal já possuía a forma pública e incondicionada à representação.

Tal panorama de impunidade e de desconsideração com a proteção da mulher restou por demonstrar significativo avanço apenas dois anos após a promulgação da Lei nº 10.886/2004, com a entrada em vigor da Lei nº 11.340/2006, que acarretou inúmeros benefícios à efetiva defesa da mulher em face da violência doméstica, por meio: a) da criação das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor e à ofendida (art. 18 a 24); b) do descabimento da suspensão condicional do processo aos crimes praticados contra a mulher no contexto de violência doméstica (art. 41); c) do aumento da pena máxima de detenção do §9º, do art. 129, do Código Penal, de 1 (um) ano para 3 (três) anos (art. 44), afastando-se, assim, a competência dos Juizados Especiais Criminais e a possibilidade de transação penal ou acordo civil extintivo de punibilidade; d) da admissão de prisão preventiva em crimes que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher, como forma de garantir a execução das medidas protetivas de urgência, com a inserção do inc. IV, ao art. 313, do Código de Processo Penal (art. 42); e) da inclusão da violência contra a mulher no rol de agravantes genéricas de pena do art. 61, do Código Penal (art. 43), e; f) da criação de medidas integradas de prevenção, de assistência e de atendimento pela autoridade policial à mulher (título III).

No que diz respeito à decretação da prisão preventiva, importante destacar que

apesar de o Código de Processo Penal não mais admitir a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, na fase do inquérito policial, em sede de violência doméstica esta restrição não vinga, pois expressamente tal possibilidade é prevista na Lei Maria da Penha (art. 20). Por ser lei especial, prevalece sobre a regra geral. (DIAS, 2012, p. 80)

Ante tais inclusões e alterações legislativas, o combate à violência doméstica contra a mulher recebeu instrumentos capazes de suprir certas lacunas normativas, no que diz respeito à proteção da vítima, e de darem maior efetividade àquelas já existentes, possibilitando, também, que o juiz e o Ministério Público utilizassem tais instrumentos de forma menos restrita, promovendo uma atuação mais eficaz do Estado.

Como resultado, no ano de 2007, ou seja, um ano após a publicação desta Lei, houve significativa redução no número de casos de homicídios praticados contra mulheres, bem como uma redução no percentual de aumento anual dos casos, conforme se verifica pela Tabela 2, *supra*, o que demonstra que tais inclusões e alterações provocadas pela Lei Maria da Penha surtiram tanto efeitos sociais como jurídicos, capazes de inibir a ocorrência de algumas novas agressões, em seus diversos modos, de afastar a reincidência e de solucionar o problema quanto à impunidade dos agressores.

A criação das medidas protetivas de urgência teve especial relevância no que diz respeito ao enfrentamento direto à reincidência e à impunidade pré-julgamento, bem como ao enfrentamento indireto de ocorrência de novos delitos. Neste sentido, Tatiana Barreira Bastos (2013, p. 138), aponta que

as medidas protetivas de urgência, de cunho preventivo e protetivo e de caráter penal, extrapenal e administrativo, são mecanismos fundamentais às mulheres que estejam em situação de risco, possibilitando-lhes uma providência jurisdicional imediata antes mesmo do início do processo judicial.

Conforme já destacado, as medidas protetivas de urgência se dividem em: a) medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor; e b) medidas protetivas de urgência à vítima.

A primeira modalidade se encontra disposta no art. 22, da Lei Maria da Penha³. Conforme se pode verificar, esta modalidade de medidas protetivas de urgência impõe uma ação negativa ao agressor, ou seja, uma abstenção a praticar determinados atos, como se aproximar ou manter contato com a vítima e frequentar determinados lugares, bem como suspende e restringe determinados direitos, como a posse e o porte de arma de fogo. Ainda, percebe-se que tais determinações não se limitam à pessoa da vítima, podendo o agressor ser afastado ou obrigado a deixar de manter contato com os familiares da vítima e com as testemunhas, como forma de garantir a instrução criminal e, até mesmo, ter restringido ou suspenso o direito de visitar os dependentes menores.

Há de se destacar que, “por terem a natureza jurídica de medidas cautelares, devem observar, para a sua decretação, a presença de *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*” (BASTOS, 2013, p. 143), e só poderão “ser solicitadas pelas vítimas ou pelo Ministério Público em fatos revestidos de tipicidade e justa causa, pois possuem o objetivo de antecipar a tutela penal à vítima em situação de risco” (BASTOS, 2013, p. 144).

Por outro lado, as medidas protetivas de urgência à ofendida, estão dispostas nos arts. 23⁴ e 24⁵, da Lei Maria da Penha. Pode-se constatar que o art. 23 possui caráter de proteção à pessoa da vítima, enquanto o art. 24 possui caráter de proteção aos bens desta ou ao patrimônio do casal. Sobre o tema, Alice Bianchini (2014, p. 185-186) salienta que,

dentre as medidas protetivas dirigidas à mulher, nenhuma delas possui natureza criminal, podendo ser cumuladas, ou não, com as outras, a depender da complexidade e das peculiaridades do caso concreto”

Para ter conhecimento, foram concedidas 236.641 medidas protetivas no ano de 2017, sendo que 38.664 foram concedidas por magistrados da Justiça gaúcha, conforme apontam dados do Conselho Nacional de Justiça (MONTENEGRO, 2018).

3 Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). (BRASIL, 2006).

4 Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos (BRASIL 2006).

5 Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficial ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo. (BRASIL, 2006).

Contudo, devem ser levantadas certas fragilidades práticas quanto às medidas protetivas de urgência. Isso porque inúmeros são os casos de novas agressões contra vítimas que possuem tais medidas em seu favor, o que se dá em virtude da ineficácia, e até mesmo impossibilidade, de os órgãos de segurança garantirem sua vigência durante 24 horas por dia. Conforme aponta Sandra Fernandes Biagi (2014, p. 27), “o descumprimento da medida protetiva somente é verificado se a vítima comparecer a delegacia e comunicar o fato. Normalmente o descumprimento vem acompanhado de outro crime e não somente da desobediência judicial.”

Desta forma, verifica-se que a ausência de fiscalização do instrumento o torna, por vezes, ineficiente, dando margem à ocorrência de novas agressões contra a mulher, senão, o cometimento de feminicídio, fomentado pela ira do agressor já denunciado que possui como empecilho à concretização de sua cogitação apenas um documento em suas mãos ordenando-lhe a não se aproximar da vítima.

Por outro lado, o descumprimento das medidas protetivas gerou discussão jurisprudencial quanto à sua caracterização como crime de desobediência, previsto no art. 330, do Código Penal. Isto porque, embora os Tribunais Estaduais estivessem reconhecendo a atipicidade da conduta, mesmo antes do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, inúmeras eram as denúncias recebidas pelo Judiciário nestes termos, conforme se pode averiguar, exemplificativamente, dos seguintes julgados:

a) Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CRIME. DESOBEDIÊNCIA (ART. 330 CP). MEDIDA PROTETIVA DEFERIDA COM BASE NA LEI MARIA DA PENHA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. MANTIDA DECISÃO QUE REJEITOU A DENÚNCIA. Atipicidade da conduta que se reconhece na medida em que a Lei nº 11.340/06 prevê a possibilidade de decretação da prisão preventiva na hipótese de descumprimento da medida protetiva. Ausência de previsão legal para a cumulativa aplicação do art. 330 do CP. APELO IMPROVIDO. (Recurso Crime Nº 71003939295, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Eduardo Ernesto Lucas Almada, Julgado em 17/12/2012).

b) Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

APELO DEFENSIVO - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR - PROVA CERTA DA AUTORIA E FATOS PENAI, OCORRÊNCIA AOS 12/09/10 - ALTERAÇÃO DO ARTIGO 109, VI DO CP, QUANTO À PRESCRIÇÃO, LEI 12.234/10, AOS 05 DE MAIO DE 2010 - LESÃO CORPORAL - CONDUTA ENDEREÇADA À EX-COMPANHEIRA, INCIDINDO, NA HIPÓTESE, O PAR. 9º DO ART. 129 DO CP - SEGUNDO FATO, LESÃO CORPORAL SIMPLES, ATUAR VOLTADO AO ATUAL CONVIVENTE DA EX-MULHER - AMEAÇA, ART. 147 DO CP, DUAS VEZES, PRATICADA CONTRA A EX-COMPANHEIRA E SEU PARCEIRO - DESOBEDIÊNCIA À ORDEM LEGAL, ESTA CONSISTENTE EM MEDIDA PROTETIVA QUE FOI IMPOSTA EM FAVOR DA EX-MULHER - MOSTRA DA INTIMAÇÃO E DESRESPEITO AO COMANDO AO APROXIMAR-SE E EMPURRÁ-LA. PORÉM, PREVISÃO DE SANÇÃO ESPECÍFICA, INCLUSIVE COM A PRISÃO PREVENTIVA - AFASTAMENTO - DELITOS PERTINENTES À LEI MARIA DA PENHA, EM CONTINUIDADE - ABSOLVIÇÃO PELO ARTIGO 330 DO CP. DOSIMETRIA - PELO ART. 129, PAR. 9º, 129 E 147, TODOS DO CP, PRATICADOS EM CONTINUIDADE DELITIVA, ADOTADA COMO BASE DE CÁLCULO A DO CRIME MAIS GRAVE (ART. 129, PAR. 9º, DO CP), EM 01 (HUM) ANO DE DETENÇÃO QUE FOI ELEVADA EM 1/6 (UM SEXTO), PELA CONTINUIDADE EM RELAÇÃO AO DE LESÃO CORPORAL LEVE E OS DE AMEAÇA (DUAS VEZES) - NEGADA A SUBSTITUIÇÃO E O SURSIS - REGIME SEMIABERTO - REPRIMENDAS QUE SE MANTÊM - MOTIVAÇÃO SUFICIENTE E CONSIDERAÇÃO LANÇADA POR ANTECEDENTE CONDENAÇÃO, INOBTANTE SEM TRÂNSITO EM JULGADO - FRAÇÃO MÍNIMA, PELA CONTINUIDADE (EM 1º GRAU), 1/6 (UM SEXTO) - 1(HUM) ANO E 2(DOIS) MESES DE DETENÇÃO. PENA

ALTERNATIVA EM 01(UMA) RESTRITIVA DE DIREITO REPRESENTANDO A MELHOR RESPOSTA PENAL - REGIME PRISIONAL QUE SE ALTERA PARA O ABERTO. POR UNANIMIDADE E NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA FOI DADO PARCIAL PROVIMENTO AO APELO PARA ABSOLVER O RECORRENTE DO CRIME DO ART. 330 DO CÓDIGO PENAL, FIXANDO-SE O REGIME INICIAL ABERTO, SUBSTITUINDO-SE, AINDA, A PRIVATIVA DE LIBERDADE POR UMA RESTRITIVA DE DIREITOS. (Des(a). ROSITA MARIA DE OLIVEIRA NETTO - Julgamento: 11/12/2012 - SEXTA CÂMARA CRIMINAL - 0000165-27.2011.8.19.0044 - APELAÇÃO).

c) Tribunal de Justiça do Paraná:

APELAÇÃO CRIMINAL CRIME DE DESOBEDEIÊNCIA ART. 330 DO CÓDIGO PENAL DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE AFASTAMENTO LIMINAR PREVISTA NO ART. 22 DA LEI 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA) AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE PENALIDADE ESPECÍFICA PARA DESCUMPRIMENTO DA REFERIDA ORDEM - ELEMENTOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE OBSERVADOS NO CASO CONCRETO CRIME FORMAL - SENTENÇA MANTIDA. 1. DECISÃO : Ante o exposto, a 1ª Turma Recursal do Estado do Paraná resolve, por unanimidade de votos, CONHECER E NEGAR PROVIMENTO ao recurso, nos exatos termos do voto. (Relator: Mychelle Pacheco Cintra/ Processo:20110013666-/Acórdão:4988/Fonte:805/Data Publicação:27/04/20 12/ Órgão Julgador:1ª Turma Recursal/Data Julgamento:19/04/2012).

Em sede de julgamento do Recurso Especial 1.387.885-MG, o Superior Tribunal de Justiça firmou o seguinte entendimento:

A questão trazida no presente recurso limita-se a determinar se constitui o crime de desobediência o descumprimento injustificado de medida protetiva imposta judicialmente nos termos da lei 11.340/06". Quanto ao tema, a posição doutrinária mais correta é aquela que afasta a tipicidade da conduta nos casos em que o descumprimento da ordem é punido com sanção específica de natureza civil ou administrativa. Neste sentido é a lição de André Estefam (Direito Penal, vol. 4, São Paulo: Saraiva, 2011): Casos há em que a lei comina sanções específicas (civis ou 3 administrativas) ao ato do particular que desrespeita o comando emanado por funcionário público. Quando isso ocorrer, a caracterização do crime de desobediência ficará condicionada à existência de previsão expressa nesse sentido no preceito violado. É o que se dá, por exemplo, quando a testemunha desatende ao chamado judicial, pois o art. 458 do CPP dispõe que ela ficará sujeita ao pagamento de multa (sanção administrativa), sem prejuízo da ação penal pela desobediência. Se esta ressalva não existir, o inadimplemento do comando emitido não configurará o delito em questão. Assim, por exemplo, se um motorista deixa de cumprir a ordem de um guarda de trânsito, no sentido de retirar um veículo de determinado local, não pratica delito contra a Administração Pública, justamente porque a lei de trânsito prescreve sanções na órbita administrativa (como multa de trânsito e o guinchamento do veículo, nada dispondo sobre o crime de desobediência).

A partir desta decisão do Superior Tribunal de Justiça concretizou-se a existência de uma lacuna normativa quanto à tipificação do delito de descumprimento de medidas protetivas de urgência, resultando na impunidade de todos aqueles que desobedeciam à ordem legal, motivo pelo qual, em 2015, originou-se na Câmara dos Deputados o PL 173/15, transformado na Lei Ordinária nº 13.641/2018, publicada em 03 de abril de 2018, que incluiu na Lei nº 11.340/06 o art. 24-A, com a seguinte redação:

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis. (BRASIL, 2018)

Por ser uma *novatio legis*, pouco ainda se lê a respeito dela. Contudo, algumas considerações não de serem traçadas. Por primeiro, notório é que o referido diploma legal, com a inserção do artigo supradescrito, supriu a lacuna normativa quanto à ausência de tipificação do delito, já estando presente nas jurisprudências de nossos Tribunais de Justiça Estaduais. Apenas para título de demonstração, segue abaixo ementa oriunda de julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AMEAÇA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA. ART. 24-A, DA LEI Nº 11.346/06. PROVA SUFICIENTE. PALAVRA DA VÍTIMA E TESTEMUNHA PRESENCIAL. RÉU PRESO EM FLAGRANTE AO DESCUMPRIR MEDIDA PROTETIVA EM VIGOR. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. PENA REDIMENSIONADA. CONCEDIDO SURSIS ESPECIAL E HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. Nos casos de violência doméstica a palavra da vítima merece especial relevância, em face da forma como os delitos são habitualmente perpetrados, sem a presença de testemunhas, porém não é absoluta, deve guardar coerência com os demais elementos probatórios colhidos ao longo da persecução penal. No caso concreto o réu dirigiu-se até a residência da vítima, ameaçando-a de morte, estando em vigor medidas protetivas a proibir sua aproximação da ofendida. Prova suficiente a ensejar a condenação, sendo a palavra da vítima firme, coerente e reiterada em todas as fases da persecução penal, corroborada pelo relato da testemunha presencial, sobrinho da vítima. Temor da vítima demonstrado. Réu que descumpra determinação judicial consistente em medidas de proteção à vítima de violência doméstica, incide no descumprimento à previsão do artigo 24-A, da Lei nº 11.340/06. Condenação mantida. Pena redimensionada em razão de afastamento de circunstância agravante, fazendo jus o réu ao benefício do sursis especial nos termos do § 2º, do artigo 78, do Código Penal. Réu preso desde a data do flagrante. Habeas corpus concedido, de ofício. RECURSO IMPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70077928554, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, Julgado em 15/08/2018).

Por segundo, há de se destacar que o legislador se preocupou em evidenciar, no §1º, do artigo em questão, que para a configuração do crime, independe se a competência do juiz é civil ou criminal, a fim de afastar possíveis discussões prolongadas que poderiam causar prejuízos à vítima enquanto não fosse pacificado certo entendimento. Neste mesmo sentido, explicitou no §2º que apenas o juiz poderá conceder fiança ao acusado, como forma também de conferir maior proteção à vítima, na medida em que o juiz deverá analisar todos os fatos e provas presentes no inquérito policial antes de ofertá-la.

Ainda, quanto ao §3º do artigo em questão, cabe salientar que o juiz poderá aplicar não só outras medidas protetivas de urgência como também decretar a prisão preventiva do acusado, que até então estava sendo entendida como ilegal em virtude da ausência de delito tipificado.

Por fim, como o referido artigo foi incluído na Lei Maria da Penha, há de se ressaltar que os benefícios da Lei 9.099/95 não são aplicáveis. Neste sentido, é a Súmula 536, do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe que “a suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha”.

Desta forma, mais uma questão que por muito gerou divergência nos diversos tribunais estaduais, acarretando inaplicação de sanção a fatos visivelmente contrários à legislação e danosos a diversos bens jurídicos tutelados pela Lei nº 11.340/2006, tais quais a integridade

física, psicológica, sexual, econômica e moral da mulher, conforme se extrai do art. 5º, da própria Lei Maria da Penha, restou solucionada em razão da promulgação de lei objetiva (Lei nº 13.641/2018), demonstrando, por conseguinte, que determinadas contradições, omissões e lacunas presentes na Lei Maria da Penha dependem da promulgação de novas leis que as façam cessar, tendo em vista que, embora também fontes do direito, a jurisprudência e a doutrina, em sua pluralidade, nem sempre são capazes de consolidar quaisquer entendimentos, gerando margem à interpretação do aplicador da Lei.

A criação de “leis de apoio”, promulgadas com o objetivo de constituir entendimento a institutos legais em nosso sistema jurídico é, evidentemente, a forma mais eficiente para que se possa alcançar maior eficácia de cada diploma legal, motivo pelo qual o legislador deve atentar aos debates doutrinários e jurisprudenciais gerados por leis complexas como a Maria da Penha, para que possa, no plano positivo, solucionar os vícios existentes.

A propósito do tema, cumpre salientar que, recentemente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou duas importantes Resoluções com vistas a complementar o arcabouço jurídico-normativo de mecanismos para coibir a violência doméstica contra a mulher no Brasil. Tratam-se das Resoluções de nº 342, de 9 de setembro de 2020, e nº 346, de 8 de outubro de 2020.

A Resolução CNJ nº 342, de 9 de setembro de 2020⁶, institui e regulamenta o Banco Nacional de Medidas Protetivas de Urgência (BNMPU), o qual tem por finalidades: a) identificar, de forma individualizada, as medidas protetivas de urgência; b) verificar, em diferentes unidades da Federação, se as medidas protetivas foram concedidas, concedidas parcialmente, revogadas ou homologadas; c) possibilitar a fiscalização, o monitoramento e a efetividade da medida protetiva pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pelos órgãos de segurança pública e por assistentes sociais; e d) permitir ao Poder Judiciário a produção de estatísticas sobre as medidas protetivas de urgência.

Por sua vez, a Resolução CNJ nº 346, de 8 de outubro de 2020⁷, no intuito de assegurar a efetividade do comando judicial que imponha medida protetiva de urgência no resguardo da integridade física e psíquica da vítima de violência doméstica e familiar contra a mulher, dispõe sobre o prazo para cumprimento, por oficiais de justiça, de mandados referentes às medidas protetivas de urgência, bem como sobre a forma de comunicação à vítima dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao seu ingresso e à saída da prisão. Dentre as medidas que merecem destaque estão: a) a necessidade de cumprimento dos mandados referentes às medidas no prazo máximo de 48 horas, a contar da respectiva carga ao oficial de justiça (art. 1º); b) a comunicação imediata da decisão que deferir ou indeferir pedido de prisão cautelar ou de imposição de medida protetiva de urgência, bem como do ingresso e saída do agressor da prisão (art. 2º); c) a possibilidade de a vítima receber notificação por telefone fixo, celular, WhatsApp ou e-mail, sem prejuízo de sua eventual e posterior intimação por mandado (art. 3º).

Restam, portanto, evidenciadas as importantes alterações procedimentais voltadas ao combate à violência de gênero em virtude da entrada em vigor da Lei nº 11.340/2006, bem como a importância dada às medidas protetivas de urgência no que concerne a proteção da vítima desta violência, demonstrando, entretanto, que existem certas omissões em seu rito, que buscavam na jurisprudência solução adequada. Ainda, alguns institutos podem apresentar punição exacerbada se não analisados sob a óptica da necessidade e da proporcionalidade ao caso, o que faz com que a referida Lei seja interpretada por muitas vezes como integrante do processo de expansão do direito penal e, conseqüentemente do simbolismo de normas, tendo em vista que, embora a Lei Maria da Penha tenha acarretado diversos benefícios no combate à

6 Texto integral disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3564>>. Acesso em: 11 jan. 2021.

7 Texto integral disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3513>>. Acesso em: 11 jan. 2021.

violência doméstica, os números estatísticos não são positivos no que diz respeito à erradicação da violência contra a mulher, como evidenciam as estatísticas já apresentadas.

Desta forma, o próximo tópico apresenta novos dados relativos à violência de gênero para que se possa, ao final, encontrar o *locus* dos maiores problemas ainda não solucionados pelo novo procedimento, para que, ao final, seja possível realizar a análise cerne do presente trabalho, consubstanciada na análise quanto à eficácia ou simbolismo penal da Lei Maria da Penha e demais legislações que buscam dar maior efetividade aos seus objetivos.

4 ENTRE EFICÁCIA E SIMBOLISMO: A LEI MARIA DA PENHA E SUAS ALTERAÇÕES

Em tempos de expansão do direito penal é de extrema importância que as normas punitivistas e restritivas de determinados direitos já existentes em nosso ordenamento jurídico sejam avaliadas quanto à sua validade frente à legislação, sua plena eficácia e quanto à adequada imposição de sanções como método de resolução de conflitos e de situações socialmente inadmitidas.

Ora, se não houver tal controle, tais normas irão coabitar em um sistema enraizado de preceitos penalizadores que de tempo em tempo dissemina novas leis criadoras de sanções das mais variadas espécies em nosso ordenamento jurídico, resultado de uma onda punitivista que não para de crescer em países como o Brasil.

Desta forma, não apenas as leis a serem promulgadas ou recentemente vigentes devem ser objeto de análise pela ótica da criminologia, mas também as normas já implementadas e consolidadas em nossa legislação, para que o enfrentamento à expansão desenfreada do direito penal possa erradicar injustiças e desrespeitos à dignidade humana já solidificados em nosso país, que apresenta, diga-se de passagem, a terceira maior população carcerária do mundo. Com 748.009 custodiados⁸, nos termos do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Período de Julho a Dezembro de 2019 (BRASIL, 2019), o Brasil ocupa a terceira colocação no *ranking* mundial de segregados e demonstra como o controle social vem sendo utilizado no país como ferramenta essencial no pretense combate à criminalidade com a reivindicação e/ou anuência do tecido societal em relação ao recrudescimento das normas criminais e, inclusive, à relativização/supressão de direitos humanos.

Torna-se, então, de extrema valia a demonstração de efetividade na aplicação das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, bem como dos demais mecanismos presentes no diploma legal, como forma de se apurar se é possível afastá-las da onda do punitivismo e reconhecê-las como capazes de combater funcionalmente a problemática a qual se destinam, na medida em que a existência de normas criadas com o intuito único de aplacar o clamor social, mas que não apresentam eficácia plena, denominadas pelos criminólogos como sendo de caráter simbólico, “representa a alternativa mais ‘barata’ na hora de articular soluções para problemas sociais, visto que as medidas e programas sociais sempre são mais custosos do ponto de vista financeiro” (CALLEGARI, WERMUTH, 2010, p. 56), motivo pelo qual são escolhidas pelo Estado como primacial resposta aos problemas sociais.

Há de ser verificar, portanto, se as normas em análise realmente são capazes de apresentar vantagens ao fim a que se destinam, como forma de melhor conceituar a dicotomia apresentada.

8 O aumento da população carcerária é gradativo no Brasil. Em 1990, havia 90 mil presos; em 1992, 114,3 mil; em 1993, 126,2 mil; em 1994, 129,2 mil; em 1995, 148,8 mil; em 1997, 170,6 mil; em 1999, 194,1 mil; em 2000, 232,8 mil; em 2001, 233,9 mil; em 2002, 239,3 mil; em 2003, 308,3 mil; em 2004, 336,4 mil; em 2005, 361,4 mil; em 2006, 401,2 mil; em 2007, 422,4 mil; em 2008, 451,4 mil; em 2009, 473,6 mil; em 2010, 493,3 mil; em 2011, 514,6 mil; em 2012, 549,8 mil; em 2013, 581,5 mil; em 2014, 622,2 mil; em 2015, 698,6 mil; em 2016, 722,1 mil; e, em 2017, 726,3 mil (BRASIL, 2019.).

Neste contexto, podem-se apontar certas divergências doutrinárias no que diz respeito a este tema. Para Nilo Batista, conforme citado por Alice Bianchini (2014, 116), “a Lei Maria da Penha é um exemplo atual da postura retribucionista-aflitiva do movimento feminista, que encontra na punição exacerbada do agressor forma possível de combate à violência doméstica”. Ou seja, a crítica traçada vai no sentido de que o agravamento da punição estatal na Lei Maria da Penha é fruto do clamor feminista pela “vingança e castigo” do homem, sendo esta solicitação atendida legislativamente sem a observância de outros métodos capazes de inibir as condutas violentas, atuando a legislação especial de proteção à mulher, juntamente com o instrumento cautelar das medidas protetivas de urgência, na expansão do direito penal e do movimento punitivista.

Porém, o grande problema de entender a Lei Maria da Penha como instrumento de “vingança e castigo” ao homem é que, desta maneira, o Direito Penal estará retrocedendo à sua primeira modalidade conhecida, a da “vingança privada”, no qual o único fundamento da pena consiste na pura e simples retribuição a alguém pelo mal praticado, atuando o Estado em favor dos interesses particulares em detrimento de seus interesses públicos. Entretanto, ao direcionar a aplicação do Direito Penal à vingança privada, com a imposição de graves penas aos agressores, o Estado deixa de preocupar-se com a resolução geral de um determinado problema social, resultando em verdadeira ineficácia social dos meios punitivos.

Pode-se, assim, constatar que as normas penais, embora possam ser consideradas benéficas em países subdesenvolvidos, não podem deixar de apresentar visíveis vantagens ao fim ao qual se destinam, sob pena de sujeitar o Direito Penal ao arcaico modelo de “vingança privada”.

Por outro lado, grande parte dos doutrinadores não reconhece a Lei Maria da Penha como legislação simbólica, como, por exemplo, Alice Bianchini (2014, p. 118), que, apesar de inferir que “de fato, ambas as situações (intervenção do direito penal e distanciamento da intervenção punitiva) são problemáticas”, preleciona que a Lei Maria da Penha difere das demais normas punitivistas, visto que

deu um tratamento totalmente diferenciado ao conflito, na medida em que criou os Juizados da Violência Doméstica e assistencial à vítima e ao agressor (como também aos familiares e às testemunhas). Por conta disso, a atuação dos Juizados deve diferir daquela tradicionalmente legada à justiça criminal, não se limitando à apreciação das responsabilidades criminais e à distribuição de castigo.

Isto posto, percebe-se que a Lei Maria da Penha não se afigura, à primeira vista, como uma legislação meramente simbólica, na medida em que prevê a criação de juizados e delegacias especiais, programas assistenciais às partes envolvidas, promoção de estudos e pesquisas relacionadas ao tema, implementação de atendimento especializado pela polícia, promoção de programas educacionais, entre outros. Ainda, refere Bianchini (2014) que as medidas protetivas de urgência nada mais são do que procedimentos diversos da prisão cautelar, demonstrando, desta forma, que seu intuito difere da pura punição exacerbada e desmedida.

Afastado, então, o caráter meramente punitivista da Lei Maria da Penha, passar-se-á à análise cerne quanto as medidas protetivas de urgência e Lei nº 13.641/2018.

Conforme já referido, verifica-se que o instituto das medidas protetivas de urgência, em verdade, cria diversos mecanismos capazes de inibir a aplicação de medidas mais gravosas ao agressor, como a prisão preventiva, utilizada até então como *prima ratio* nos casos de iminente perigo à integridade das vítimas de violência doméstica e familiar, através da possibilidade de aplicação de ferramentas especiais cabíveis em diferentes situações, como o afastamento do

agressor do lar, a proibição de se aproximar da vítima, a suspensão da posse e a restrição do porte de arma de fogo, entre outras.

Por conseguinte, as medidas protetivas de urgência, embora possam apresentar determinado caráter punitivo, em virtude da restrição de determinados direitos provocados por sua decretação, não devem ser reconhecidas como sancionatórias, uma vez que sua fundamentação é exclusivamente cautelar.

Assim sendo, as medidas protetivas de urgência não são um instrumento de punição estatal, mas sim, instrumento de proteção à mulher que visa a possibilitar uma metodologia especial adequada a cada caso concreto, buscando sempre que possível a restrição de determinados direitos do agressor da forma mais proporcional possível.

Desta forma, conclui-se que as medidas protetivas de urgência, por se tratarem de medidas cautelares, que assim como as demais, buscam garantir o normal desenvolvimento do processo com a consequente eficaz aplicação do poder de punir, não podem ser reconhecidas como de natureza punitiva, tampouco, de caráter simbólico, na medida em que oriundas de legislação considerada pelo próprio Supremo Tribunal Federal como constitucional.

Embora ainda não sejam capazes de acarretar plena proteção às vítimas, devido à carência do sistema assistencial previsto pela Lei Maria da Penha, que engloba a capacitação policial, a criação de programas auxiliares e de delegacias e varas especiais, incontestável é a contribuição das medidas protetivas de urgência para a proteção das mulheres em situação de iminente perigo de violência, tanto física, quanto psicológica, sexual, patrimonial e moral, nos termos do art. 7º, da própria Lei nº 11.340/2006.

Conseqüentemente, as medidas protetivas de urgência se demonstram como um verdadeiro “mal necessário”, uma vez que, assim como a prisão preventiva, esta medida cautelar se demonstra predisposta a incidir em situações nas quais a análise das circunstâncias exatas ainda não evidencia clareza, levando os magistrados a valerem-se da máxima de que “é melhor prevenir do que remediar” para que justifiquem a sua aplicação a determinados casos. Entretanto, é possível afirmar que mais vale “arriscar” proporcionalmente a restrição de um determinado direito do que desproporcionalmente a dignidade, a integridade e a vida de uma pessoa.

Em última observação, uma vez já examinada a Lei Maria da Penha como um todo e as medidas protetivas de urgência em apartado, conclui-se que a promulgação da Lei nº 13.641/2018, que tipificou o delito de descumprimento das medidas protetivas de urgência, também não deve ser reconhecida como de caráter punitivista, tampouco simbólico, uma vez que a tipificação dada ao delito visa ao mero processamento do agressor-descumpridor das medidas protetivas de urgência, que até então seria absolvido em virtude dos apresentados entendimentos jurisprudenciais de que o descumprimento das medidas protetivas de urgência não caracterizava delito de desobediência, descrito no art. 330, do Código Penal.

Neste sentido, a promulgação da Lei em questão não aparenta incrementar nova punição à legislação de proteção à mulher, mas sim, suprir a lacuna normativa que se formava em torno desta discussão e que acarretava impunidade aos agressores que descumpriam as medidas protetivas de urgência. Ora, a elaboração de leis que visam a romper determinada impunidade instaurada no ordenamento jurídico não podem ser reconhecidas como punitivistas, uma vez que sua intenção não é a de meramente penalizar, mas sim, de estabelecer normas capazes de preencher as omissões legislativas a atos notoriamente contrários à legislação e aos interesses estatais.

Uma vez reconhecida a necessidade de implementação desta norma, há de se aferir que sua eficácia se relaciona ao fato de que além de influir como motivo segregador, a mera existência da tipificação deste delito atua como empecilho cognitivo indireto ao agressor que

deseja reincidir contra a vítima, por saber que a concretização de sua vontade lhe renderá possível agravamento da pena final ou até mesmo o processamento por esta nova infração, diferentemente do que que ocorreria antes da promulgação desta lei e que já era sabido pelos agressores reincidentes.

Ainda, o acréscimo do art. 24-A, à Lei Maria da Penha, decorrente da promulgação da Lei nº 13.641/2018, encerrou a discussão que se gerava em torno da impossibilidade de decretação de prisão preventiva aos descumpridores das medidas protetivas de urgência, uma vez que havia se firmado entendimento no Superior Tribunal de Justiça de que a aplicação desta medida cautelar se fazia ilegítima em virtude da ausência de tipificação do delito e acarretava também discussão quanto à possibilidade de prisão em flagrante do agressor-descumpridor quando não houvesse outro delito sendo cometido, proporcionando, desta forma, maior eficácia na proteção à integridade e vida da mulher.

Por fim, cumpre destacar que o delito de descumprimento das medidas protetivas prevê pena igual ao do delito de desobediência a decisão judicial, descrito no art. 359, do Código Penal, o que demonstra proporcionalidade em seu apenamento e não exacerbação dos meios sancionatórios.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das discussões empreendidas ao longo do presente estudo, constata-se que as medidas protetivas de urgência vêm demonstrando, por meio da sua aplicação no decorrer dos anos, satisfatório resultado no que diz respeito ao combate à violência de gênero, sobretudo, à erradicação da problemática relativa à reincidência delitiva, perpetrada cotidianamente pelos agressores em um ciclo de violência que por incontáveis vezes gera o resultado morte da vítima.

O termo satisfatório parece então se sobrepor ao termo eficaz, uma vez que, embora satisfatório, o instrumento cautelar não deixa de apresentar variadas incapacidades práticas, que decorrem, sem embargo, não em virtude de suas disposições e formulação, mas sim, da carência de suporte assistencial à sua aplicação, embora haja ampla previsão de mecanismos auxiliares que se demonstram escassos em sua implementação.

Uma norma marcadamente simbólica, para que se possa atenuar a incontável expansão do direito penal, deve ser extraída da legislação sempre que assim verificada, mas a Lei Maria da Penha como um todo vem se demonstrando como único mecanismo capaz de garantir superior proteção às vítimas de violência doméstica e familiar no país, motivo pelo qual sua extinção se demonstraria como indirimível retrocesso legal ao resguardo de direitos conquistados pelas mulheres durante hedionda e dolorosa batalha histórica enfrentada por elas desde os primórdios da humanidade, motivo pelo qual a legislação de proteção à mulher como um todo não pode ser considerada como exclusivamente simbólica.

Para que se possa então garantir que a eficácia das medidas protetivas de urgência se afaste cada vez mais do polo do mero simbolismo penal é necessário que determinados preceitos descritos na Lei Maria da Penha recebam maior acolhimento por parte do Estado, como a criação de Delegacias da Mulher, a capacitação dos policiais militares e a criação de centros de atendimento às vítimas. Deste modo, as medidas protetivas de urgência poderão encontrar cada vez mais amparo nos preceitos constituintes da rede de proteção à mulher e eficácia em sua aplicação.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Regina. **CNJ divulga dados do Judiciário sobre violência contra a mulher**. 25 de outubro de 2017. [Brasília]. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85640-cnj-publica-dados-sobre-violencia-contra-a-mulher-no-judiciario>>. Acesso em: 14 nov. 2020.

BASTOS, Tatiana Barreira. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: análise da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006): um diálogo entre a teoria e a prática**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

BIAGI, Sandra Fernandes. **Lei Maria da Penha: a aplicabilidade das medidas protetivas de urgência como instrumento de prevenção e combate à reincidência**. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização (Especialista em Educação) - Programa de Pós-Graduação em Gestão de Políticas Públicas em Gênero e Raça-GPPGeR, Faculdade de Educação, Universidade de Brasília, DF, 2014. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/13099/1/2014_SandraFernandesBiagi.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 15 de nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.387.885-MG**. Recorrente: Juliomar Vieira Martins. Recorrido: Ministério Público. Relator: Min. Jorge Mussi. Brasília, 05 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=32956077&num_registro=201301951998&data=20131211&formato=PDF>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 15 de nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.886, de 17 de junho de 2004**. Acrescenta parágrafos ao art. 129 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, criando o tipo especial denominado “violência doméstica”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.886.htm>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006**. Altera os arts. 60 e 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o art. 2º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11313.htm>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.641, de 3 de abril de 2018.** Altera a Lei no 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13641.htm>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 536.** A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – Período de Julho a Dezembro de 2019. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2020.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça:** a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Atlas da violência 2020:** principais resultados, 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/5929-atlasviolencia2020relatoriofinalcorrigido.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2021.

GONÇALVES, José Aldyr. **O fim do patriarcalismo.** 01 de novembro de 2009. [S.l.]. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/o-fim-do-patriarcalismo/27353>>. Acesso em: 14 nov. 2020.

JESUS, Damásio de. **Violência contra a mulher:** aspectos criminais da Lei n. 11.340/2006. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Justiça concede 236 mil medidas protetivas em 2017.** 22 de junho de 2018. [Brasília]. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87047-justica-concede-236-mil-medidas-protetivas-em-2017>>. Acesso em: 14 nov. 2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação crime nº 2011.0013666-0,** da 1ª Turma Recursal. Apelante: Vilmar Capeletti Boff. Apelado: Ministério Público. Relator: Mychelle Pacheco Cintra. Curitiba, 19 de abril de 2012. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/32011001366600201204271/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-20110013666-0>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação crime nº 0000165-27.2011.8.19.0044**, da 6ª Câmara Criminal. Apelante: Francisco de Assis Filho. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Rosita Maria de Oliveira Netto. Rio de Janeiro, 11 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004AE3E5A36A1ADD4C61DE49DD76D5A2862C5020F055C2B>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação crime nº 70077928554**, da 3ª Câmara Criminal. Apelante: Carlos Doris da Silva. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre, 15 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa#main_res_juris>. Acesso em: 15 nov. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação crime nº 71003939295**, da Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais. Apelante: Ministério Público. Apelado: Márcio André Trente. Relator: Eduardo Ernesto Lucas Almada. Porto Alegre, 17 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa#main_res_juris>. Acesso em: 15 nov. 2020.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015**: homicídio de mulheres no Brasil. 1. ed. Brasília, DF: Flacso Brasil, 2015. Disponível em: <https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2020.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; NIELSSON, Joice Graciele. **O campo como espaço da exceção**: uma análise da produção da vida nua feminina nos lares brasileiros à luz da biopolítica. 2016. Universidade Federal da Paraíba, programa de pós-graduação em ciências jurídicas, João Pessoa, PB. v. 15. n. 30. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/33084>>. Acesso em: 14 nov. 2020.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O CUSTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A FONTE
DE CUSTEIO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS
PÚBLICAS NO BRASIL

HEVERTON LOPES REZENDE
MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO

VOLUME 12 | NÚMERO 1 | JAN/JUN 2021

O CUSTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A FONTE DE CUSTEIO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

THE COST OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE SOURCE OF FUNDING FOR THE IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES IN BRAZIL

Recebido: 08/03/2021
Aprovado: 22/05/2021

Heverton Lopes Rezende¹
Maria de Fátima Ribeiro²

RESUMO:

A dignidade da pessoa humana consagra a ideia de proteção homogênea aos seres humanos, mormente em relação ao “mínimo existencial”, ou seja, as condições básicas para uma vida digna. Esse seria o limite mínimo da tributação: uma espécie de barreira que não deve ser violada pelo Estado, pois representa literalmente a salvaguarda das condições mínimas para sobrevivência. Outrossim, é certo que todos os direitos tem um custo, o qual é sustentado pelo Poder Público. Para tanto, o objetivo geral deste artigo é estabelecer uma relação entre o dever de pagar o tributo e à fonte de custeio para a implementação de políticas públicas no Brasil. Através do método dedutivo, pesquisa descritiva e bibliográfica foi constatado que o contribuinte tem o dever fundamental de pagar os tributos devidos, pois eles estão diretamente relacionados com a contraprestação do Estado na implementação de serviços públicos e atendimento aos objetivos fundamentais da república, representando a principal fonte de custeio. Entretanto, a tributação não deve ser extremamente onerosa dentro de determinada realidade social, sob pena de ter um efeito confiscatório. Por fim, foram apresentadas duas medidas adotadas pelo Governo durante a pandemia da Covid-19 como medidas de implementação da justiça social e recuperação da economia, a saber: o regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional e a ajuda financeira aos Estados e Municípios.

Palavras-chave: Tributação. Direitos fundamentais. Justiça social.

ABSTRACT:

The dignity of the human person enshrines the idea of homogeneous protection for human beings, especially in relation to the “existential minimum”, that is, the basic conditions for a dignified life. This would be the minimum limit on taxation: a kind of barrier that should not be violated by the

¹ Doutorando em Ciências Jurídicas e Mestre em Direito. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Email: heverton_rezende@yahoo.com.br

² Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina, Mestrado em Ciências Jurídicas Empresarias pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Doutorado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Pós Doutorado em Direito Fiscal/Tributário na Universidade de Lisboa. Curso complementar créditos de Doutorado na Sapienza Università di Roma Facoltà di Economia e Commercio e Facoltà di Giurisprudenza em Roma - Itália. É professora Titular do PROGRAMA DE MESTRADO E DOUTORADO EM DIREITO e do CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO da Universidade de Marília - UNIMAR, Cidade de Marília, Estado de São Paulo - Brasil desde 2002. Integra a Diretoria do Instituto de Direito Tributário de Londrina. Membro da Comissão de Direito Tributário da OAB-Londrina. Ensina em diversos cursos de Especialização. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Tributário, tributação e desenvolvimento econômico e social, políticas públicas, princípios constitucionais e soberania, extrafiscalidade, direito constitucional e internacional econômico. Email: professoramariadefatimaribeiro@gmail.com

State, as it literally represents the safeguarding of minimum conditions for survival. Furthermore, it is certain that all rights have a cost, which is sustained by the Government. To this end, the general objective of this paper is to establish a relationship between the duty to pay the tax and the source of funding for public policies in Brazil. Through the deductive method, descriptive and bibliographic research it was found that the taxpayer has a fundamental duty to pay the taxes due, as they are directly related to the State's consideration in the implementation of public services and meeting the fundamental objectives of the republic, representing the main source of funding. However, taxation should not be extremely expensive within a given social reality, otherwise it will have a confiscatory effect. Finally, two measures adopted by the Government during the Covid-19 pandemic were presented as measures to implement social justice and recover the economy, namely: the extraordinary fiscal, financial and contracting regime to deal with national public calamity and aid financial assistance to States and Municipalities.

Keywords: Taxation. Fundamental rights. Social justice.

INTRODUÇÃO

Como se sabe, numa sociedade justa os direitos fundamentais devem ser assegurados a todos os indivíduos, não sendo permitida sua limitação, exceto se houver previsão legal nesse sentido.

A proteção aos direitos fundamentais inclui o direito a uma tributação equânime, que respeite o mínimo existencial e não tenha natureza confiscatória, conforme observância ao Princípio da Igualdade e da Capacidade Contributiva.

Nesse contexto, no presente artigo será demonstrado que todos os direitos têm um custo, o qual é suportado pelo Estado ao implementar políticas públicas para assegurá-los, materializando-se na busca por uma efetiva justiça social, perseguindo-se os objetivos fundamentais descritos no art. 3º da Constituição Federal de 1988.

Para tanto, através do método dedutivo, pesquisa descritiva e bibliográfica, pretende-se responder ao seguinte questionamento: Considerando que o Estado necessita de recursos financeiros para promover políticas públicas, como a tributação pode contribuir para o custeio dessas políticas, respeitando-se a dignidade da pessoa humana e a justiça social?

Trata-se de uma abordagem inovadora, cujo objetivo geral é estabelecer uma relação entre o dever fundamental de pagar o tributo e à fonte de custeio de políticas públicas na República Federativa do Brasil.

Como objetivos específicos, propõe-se: a) identificar a relação entre a tributação e a dignidade da pessoa humana; b) discorrer sobre a fonte de custeio das políticas públicas no Brasil, e mencionar algumas medidas adotadas em tempos de pandemia.

Justifica-se a presente pesquisa, tendo em vista que temas relacionados a tributação, reforma tributária, justiça social são cada vez mais relevantes nos dias atuais, além disso a abordagem pretendida contemplará exemplos de políticas públicas adotadas durante a pandemia da Covid-19 no auxílio emergencial aos Estados e Municípios.

1 A TRIBUTAÇÃO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

É certo que os Direitos Humanos são um conjunto de direitos essenciais e indispensáveis à vida digna; entretanto não existe um rol previamente delimitado desse

conjunto de direitos, pois as necessidades humanas são mutáveis em determinado contexto histórico, onde novas demandas podem surgir (RAMOS, 2018, p. 28), como o que ocorreu com o advento da pós-modernidade (BERGAMASCHI; BOTH, 2017 p. 31-32).

Nesse sentido, à luz da obra de Immanuel Kant, Valle e Aveiro (2007, p.77) afirmam:

A visão kantiana de que o ser humano não deve ser objeto, mas sim um fim em si mesmo, representou e representa uma visão cujos reflexos podem ser vistos atualmente. Realmente, nessa perspectiva, a atuação intersubjetiva sempre deve se pautar pela valorização do ser humano em quanto um fim em si, ou, em outras palavras, com a devida realização da dignidade da pessoa humana.

Em sentido semelhante, Ramos (2018, p. 84) assevera que a dignidade é um atributo inerente a condição humana de determinado indivíduo, de forma que não importam outras condições, sejam elas a nacionalidade, orientação sexual, visão política, entre outros.

Nesse sentido, devido sua importância, a Constituição Federal de 1988 estabelece a dignidade da pessoa humana como um Princípio, mas também é tratada como um fundamento da República Federativa do Brasil, com espaço reservado em seu art. 1º, inciso III.

Para Caliendo (2019, p. 237) a proteção a dignidade da pessoa humana inicia com mecanismos de proteção contrários a ação do Estado, de forma que apenas as restrições autorizadas expressamente em lei serão admitidas, desde que não haja ofensa a cláusulas pétreas.

Esse Princípio consagra a ideia de proteção homogênea aos seres humanos, considerando seu mínimo existencial; conforme Valle e Aveiro (2007, p. 79) o mínimo existencial seria derivado do constitucionalismo social, o qual compreende as condições básicas para uma vida digna.

Nessa perspectiva de mínimo existencial, essa proteção envolve a implementação de serviços públicos, por meio dos quais são concretizados diversos direitos sociais esculpidos no texto constitucional (BARCAROLLO, 2013). Assim também afirmam Valle e Aveiro (2007, p. 112), no sentido de que a proteção ao mínimo existencial também deve ser feita mediante prestação material do Estado em benefício das pessoas menos favorecidas, possibilitando a elas uma condição de vida digna.

Sobre o tema afirma Caliendo:

A teoria da proteção do mínimo existencial (*Existenzminimum* ou *minimum vital*) é bastante controversa e encontra diversas formulações. A definição de mínimo existencial tem sido relacionada à noção de um núcleo essencial de um direito fundamental, ou seja, o conjunto mínimo de significações semânticas e normativas para a afirmação de determinado direito. Este núcleo mínimo de proteção indica o patamar inderrogável de proteção para que se possa asseverar a existência de um direito fundamental, sem a qual tal proteção pode ser considerada como violada. (CALIENDO, 2019, p. 222)

Para o mesmo autor, o mínimo existencial representa, portanto, uma cláusula de barreira a atuação do Estado no sentido de impedir a efetivação dos direitos fundamentais e seu conteúdo mínimo (CALIENDO, 2019, 222). Salienta ainda que a dignidade da pessoa humana contém um núcleo essencial de proteção do indivíduo para que seja considerado livre, de forma que qualquer norma que viole as limitações ao poder de tributar previstas no art. 150 da Constituição serão inconstitucionais (CALIENDO, 2019, 237).

Por sua vez Valle e Aveiro (2007, p. 114) esclarecem que a salvaguarda do mínimo existencial da incidência da tributação tem como primeiro destinatário o legislador, uma vez que este, verificando as especificidades do respectivo tributo deverá regulá-lo de modo a proteger aquele piso material. Por exemplo, cita-se o caso do imposto de renda, onde a proteção

ao mínimo existencial pode ser identificada com as deduções relacionadas à saúde, moradia, educação, entre outros.

Segundo os mesmos autores é possível conceber que o Poder Legislativo dimensiona o mínimo existencial em caráter genérico, e ao Poder Judiciário restará a prerrogativa de analisar fatos concretos para, com base na legislação adotar a medida mais adequada (VALLE; AVEIRO, 2007, p. 114).

Nesse sentido, veja-se a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB. SANÇÃO. SUSPENSÃO. INTERDITO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. ANUIDADE OU CONTRIBUIÇÃO ANUAL. INADIMPLÊNCIA. NATUREZA JURÍDICA DE TRIBUTO. CONTRIBUIÇÃO DE INTERESSE DE CATEGORIA PROFISSIONAL. SANÇÃO POLÍTICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA. LEI 8.906/1994. ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. (...) 4. Há diversos outros meios alternativos judiciais e extrajudiciais para cobrança de dívida civil que não obstaculizam a percepção de verbas alimentares ou **atentam contra a inviolabilidade do mínimo existencial do devedor**. Por isso, infere-se ofensa ao devido processo legal substantivo e aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, haja vista a ausência de necessidade do ato estatal. 5. Fixação de Tese de julgamento para efeitos de repercussão geral: “É inconstitucional a suspensão realizada por conselho de fiscalização profissional do exercício laboral de seus inscritos por inadimplência de anuidades, pois a medida consiste em sanção política em matéria tributária.” 6. Recurso extraordinário a que se dá provimento, com declaração de inconstitucionalidade dos arts. 34, XXIII, e 37, §2º, da Lei 8.906/1994. (**grifos nossos**) RE nº 647885, STF (2020)

Trata-se de recente julgado do STF que corrobora a teoria do mínimo existencial, a exemplo da que também pode ser observado em diversos julgados como: AI 598212 ED, ARE 745745 AgR, RE 581352 AgR, ARE 727864 AgR, RE 647885, demonstrando a tendência jurisprudencial da Suprema Corte.

Outrossim, a tributação também não deve ter o caráter confiscatório, ou seja, impactando extremamente sobre o bem e tornando inviável sua manutenção; a vedação ao confisco torna-se, portanto, o limite máximo do tributo (HACK, 2007, p. 25). Trata-se de um impeditivo que se aplica a demonstração de patrimônio do contribuinte, independente de sua condição financeira individualmente considerada.

Importante salientar que esses limites (vedação ao confisco e proteção do mínimo vital) são decorrentes do Princípio da Capacidade Contributiva (art. 145, § 1º da Constituição Federal), e inerentes a diversas ordens jurídicas modernas, os quais são justificados inclusive pelos direitos humanos internacionais (HACK, 2007 p. 20).

A capacidade contributiva, nas palavras de Hack (2007) seria ainda corolário do Princípio da Igualdade, mas não se trata de uma igualdade genérica, referindo-se exclusivamente ao impacto da tributação para cada contribuinte. Nesse sentido afirma Caliendo (2019, p. 238-239): “O princípio da isonomia busca realizar a justiça material da distribuição de encargos fiscais em uma sociedade democrática. É concretizado por meio do princípio da capacidade contributiva, da essencialidade e da equivalência”.

Nessa relação entre a isonomia e capacidade contributiva, salienta-se:

O princípio da capacidade contributiva é fundamental para a tributação sobre a renda e para a realização da justiça fiscal distributiva. Funda-se no raciocínio de quem tem mais deve pagar mais tributos e quem possui menos deve pagar menos tributos (CALIENDO, 2019 p. 238-239).

Em que pese tal afirmação, é interessante salientar que Buffon (2010, p. 566) argumenta que a capacidade contributiva pode ser mitigada para atendimento a extrafiscalidade; segundo o autor, isso só seria possível se os objetivos visados sejam constitucionalmente legitimados.

2 O DEVER DE PAGAR OS TRIBUTOS E OS CUSTOS DOS DIREITOS

Conforme Valle e Aveiro (2007), os autores Sunstein e Holmes, em sua obra “The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes”, argumentam que a implementação dos direitos assegurados no ordenamento jurídico, como oferta de acesso à justiça, ou nas políticas públicas direcionadas à saúde, educação, segurança pública, previdência, assistência social, entre outros, possuem um custo, os quais, são mantidos por meio da tributação.

Para Nabais (2015, p. 19-20) qualquer comunidade organizada, mormente uma comunidade no estado moderno, está ancorada em deveres fundamentais, que são justamente o que ele denomina de custos *lato sensu* ou suportes da existência e funcionamento dessa mesma comunidade.

Dessa forma existem, num estado democrático de direito, encontram-se três tipos de custos *lato sensu* que o suportam, os quais estão ligados a: a) própria existência e sobrevivência do estado, materializados no dever de defesa da pátria; b) funcionamento democrático do estado; c) custos em sentido estrito ou custos financeiros públicos concretizados no dever de pagar impostos (NABAIS, 2015 p. 19-20). Sendo assim, *todos os direitos* têm custos comunitários, ou seja, custos financeiros públicos. (NABAIS, 2015 p. 20-21).

Destarte, os aportes financeiros decorrentes da arrecadação de impostos e demais tributos é que custeiam a máquina pública, que por sua vez poderá cumprir seus objetivos e implementar Políticas Públicas, exercendo portanto atividade financeira na arrecadação, administração e nos desembolsos desses recursos. (DOMINGOS; CUNHA, 2013).

É certo que o Poder Público necessita dessas receitas decorrentes de tributos para conservação da máquina pública, mas também para garantir a proteção aos direitos fundamentais. A tributação tem um aspecto dúplice, pois ao tempo em que se consubstancia num poder do Estado para limitar a liberdade, direito fundamental prescrito no texto constitucional, também se trata de um dever fundamental do contribuinte, o qual é necessário a implementação de direitos fundamentais previstos na Constituição. (SILVA 2018, p. 43).

Valadão e Ziembowicz (2018, p. 553-554) salientam que o dever fundamental de pagar tributos decorre do texto constitucional, seja por meio do que foi previsto em relação ao Sistema Tributário Nacional (arts. 145 a 155), seja por meio das disposições relativas à ordem econômica. Note-se que o art. 173 dispõe sobre a exploração da atividade econômica pelo Estado apenas em situações específicas, o que deixa evidente a opção pela tributação como principal fonte de sustentação financeira do Estado.

A tributação é, portanto, o principal mecanismo para obtenção de riquezas produzidas pela sociedade, obviamente, não devendo conter abusos. Nessa perspectiva ela é de fundamental importância para que o Estado consiga desempenhar o seu papel servindo ao ser humano (VALLE; AVEIRO, 2007).

Veja-se o que afirmam Paes e Santos (2014, p. 98): “Neste sentido, deve-se concluir que a tributação é uma das principais maneiras de se efetivar a justiça social, já que os tributos devem ser utilizados para a concretização dos direitos necessários a sociedade.”

Em sentido semelhante afirmam Valadão e Ziembowicz (2018, p. 558-559):

O dever fundamental de pagar tributos possui enorme importância em um Estado Social e Democrático de Direito, que visa a garantir a todos uma existência digna, incluindo

direitos sociais, econômicos e culturais, os quais exigem recursos públicos, estando esses princípios inseridos na Constituição brasileira de 1988, deve-se daí extraídas as consequências jurídicas e econômicas para seu atingimento

O que se observa na argumentação dos autores é que existe um dever fundamental do contribuinte em pagar os tributos, e esse dever está relacionado com a responsabilidade do Estado em garantir, em contraprestação, diversos outros direitos, a fim de viabilizar uma sociedade mais justa.

Oportuno citar o que afirmam Zanoti e Ribeiro (2006, p.59-60) com espeque na função social do tributo:

O tributo tem a função social de contribuir para com a ponderação das desigualdades sociais, de forma que os contribuintes recebam o retorno do Estado, em termos de serviços. Na verdade, os contribuintes cooperam com o sacrifício de parte de seu patrimônio, na medida de sua capacidade contributiva, para que o interesse coletivo seja prestigiado, buscando-se a instauração de um clima de paz, segurança e prosperidade, do qual todos são beneficiados, mesmo aqueles que nada contribuíram, por serem 'isentos', 'imunes' ou não deterem capacidade para tanto. Dessa forma, o tributo tem o condão de fazer prevalecer o interesse social sobre o interesse particular.

Como forma de justificar esse dever, em que pese o inciso I do art. 3º da Constituição, que consagra o objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária, não estar inserto no capítulo reservado a regulamentação do Sistema Tributário Nacional, não há dúvidas de que o referido objetivo seja de observância obrigatória no ordenamento jurídico brasileiro (SILVA, 2018, p. 43).

O dever de pagar o tributo terá como corolário, portanto, o cumprimento desse objetivo constitucional; até mesmo porque o poder de tributar se justifica, mais do que uma fonte de geração de receitas, um instrumento de auxílio na construção de uma sociedade solidária, posto em favor o Estado, na condição de maior responsável pela proteção dos direitos individuais. Isso possibilita uma correção, ainda que minimamente, dos males ocasionados pelas desigualdades sociais (SILVA, 2018 p. 44-45).

Nesta seara afirma Buffon (2010), que o tributo é um dever do contribuinte, não podendo ser dispensado pelo Estado de forma injustificada, pois isso “quebra os vínculos de solidariedade que pressupõem a cidadania, em sua contemporânea concepção, a qual passa pelo reconhecimento de que, além de direitos, têm-se deveres (BUFFON, 2010, p.563).

Interessante ainda destacar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece o dever do contribuinte para com o pagamento dos tributos, conforme pode ser observado no teor do julgamento da ADIn 1055 DF.

Veja-se trecho do voto do relator:

É cediço que há o dever fundamental de pagar tributos, entretanto os meios escolhidos pelo poder público devem estar jungidos à necessidade da medida, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito de restringir os meios de adimplemento em caso de cobrança judicial, as quais não se encontram presentes na apreciação da legislação ora questionada. O Estado brasileiro baseia-se em receitas tributárias. Um texto constitucional como o nosso, pródigo na concessão de direitos sociais e na promessa de prestações estatais, deve oferecer ao Estado instrumentos suficientes para que possa fazer frente às inevitáveis despesas que a efetivação dos direitos sociais requer. O tributo é esse instrumento. ADIn 1055 DF, STF (2016)

Ao longo de sua explanação, o relator refere-se a previsão desse dever no art. 145 § 1º da Constituição Federal, considerando-a um marco constitucional do que denomina de um “óbvio dever fundamental de pagar os impostos”.

Por outro lado, partindo-se do pressuposto que as necessidades humanas não tem limites, e que novas demandas surgem com certa frequência, indaga-se: é razoável considerar que o Estado, em razão de suposta restrição de capacidade econômica, poderia valer-se da “Reserva do Possível”, para declarar que não possui condições de arcar com tutela de direitos individuais?

Ora, conforme exposto alhures, considerando que a prestação de serviços pelo Estado depende de recursos financeiros decorrentes da arrecadação de tributos, os quais podem ser escassos em determinadas circunstâncias, é ao menos possível, aplicação da teoria da reserva do possível, de forma a não atender certas demandas de forma imediata (RIBEIRO, 2011, n.p.); mas somente naquelas situações “que extrapolem o mínimo existencial e que se refiram aos indivíduos que possuam meios de obter por si sós a prestação pretendida”. (RIBEIRO, 2011, n.p.).

Nesse sentido, veja-se a seguinte ementa:

URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido. RE nº 592581 STF (2015)

A citada decisão é convergente com diversos julgados da corte, como ARE 1171192 AgR/SE, ARE 860979 AgR/DF, ARE 855762 AgR/RJ; o ordenamento jurídico brasileiro não fomenta a escusa do Estado em tutelar direitos fundamentais mínimos, principalmente se envolvem os direitos mais elementares, como proteção a moradia ou saúde.

Outrossim, no cenário apresentado, torna-se imperioso salientar a importância do Estado promover uma justiça social efetiva, por meio da justiça tributária.

3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A RELAÇÃO ENTRE JUSTIÇA SOCIAL E JUSTIÇA TRIBUTÁRIA

Como se sabe, há diversas injustiças sociais no Brasil, as quais podem ser vislumbradas não apenas no trato assistencial aos mais pobres, mas também nos direitos civis, sistema previdenciário desuniforme, aspectos relacionados a infraestrutura deficitária e também na carga tributária complexa e até mesmo injusta.

Nesse sentido, o Poder Público implementa a Justiça Social quando apresenta medidas de combate a fome, providências relacionadas a habitação, saúde, educação, reforço de renda e outros programas de interesse social.

O Estado brasileiro possui uma legislação dirigente e programática, como pode ser observado principalmente no art. 3º, I do texto Constitucional, mas também em outras leis federais, a exemplo da Lei Complementar nº 111/2001 que dispõe sobre políticas públicas promotoras do desenvolvimento humano e igualdade.

Veja-se o que afirma Maturano (2018, p. 188): “a justiça social apenas é possível de ser concretizada se contar com a arrecadação das exações impostas aos particulares. Mediante a correta aplicação das receitas públicas é possível promover o desenvolvimento nacional”.

Destarte, para a promoção da Justiça Social, é necessário que o orçamento público dê prioridade aos desembolsos com os gastos sociais para distribuição de renda, os quais corrigem ou mitigam as desigualdades atinentes aos serviços básicos aos cidadãos, de forma direta ou indireta; esta última representada por benefícios fiscais em tributos indiretos, como àqueles relacionados ao consumo.

Sobre esse aspecto salienta Barcarollo (2013, p. 34):

O financiamento do Estado através de impostos dá suporte a um sistema tributário mais justo e equânime, que prima pela capacidade contributiva e pela (re)distribuição de renda, proporcionando aos cidadãos necessitados o acesso às políticas públicas, instrumentalizadas pelos serviços públicos, independentemente de qualquer contraprestação pelos direitos sociais experimentados. Daí concluir-se que os direitos não são dádiva divina nem frutos da natureza; necessitam, pois, de cooperação social, aqui representada pelo dever fundamental de pagar impostos.

Portanto, para atingir a justiça social por meio da distribuição de renda, deve-se promover uma efetiva justiça tributária, pautada não apenas na capacidade contributiva do contribuinte, mas também deve relacionar-se a uma justiça distributiva, com a destinação eficiente e proba dos recursos em prol da coletividade.

Para Fernandes (2018, p. 224) a justiça tributária deve ser compreendida como uma limitação a atuação do Estado na cobrança de impostos, de forma que o sistema tributário deve respeitar os preceitos constitucionais para que a cobrança de tributos respeite certos limites.

É possível afirmar que um grande empecilho para uma efetiva Justiça Tributária é o fato de que a maioria dos tributos no Brasil não são progressivos, de forma que todos os brasileiros, independentemente de sua classe social ou situação econômica, geralmente arcam com as mesmas alíquotas sobre os produtos, serviços, entre outros, ressalvada a progressividade apenas a alguns poucos tributos, como IR, IPVA, ITCMD.

Em verdade esse sistema tributário é regressivo, o que impacta (proporcionalmente) de forma negativa na renda das pessoas mais pobres, de forma que a carga tributária é consideravelmente elevada sobre o consumo, em detrimento da renda ou patrimônio (GERBASE, 2019, np). Quase sempre isso ocorre em detrimento do Princípio da Capacidade Contributiva, que deveria ser a propulsão do sistema.

Veja-se o que afirmam Siqueira e Mendonça (2019, p. 217) sobre o tema:

Demonstra-se, portanto, a disparidade de tributação, onde os mais ricos pagam menos tributos que a classe média e os mais pobres, proporcionalmente. Evidenciando um fator gritante de desigualdade. Em relação à renda seria necessário que se implementasse, pelo menos, mais uma alíquota marginal superior. Dessa forma, haveria maior enfoque ao princípio da capacidade contributiva e diminuição de desigualdades econômicas. É a administração equânime do sistema tributário um importante instrumento de redução de desigualdades e injustiças sociais.

Esse fator de desigualdade deve ser trabalhado com muito esmero do Poder Público, até mesmo para a implementação de uma reforma tributária, tão necessária nos dias atuais.

Nesse sentido, vale ressaltar que tramita na Câmara dos Deputados um projeto de Emenda a Constituição (PEC nº 45/2019) que propõe uma reforma ao modelo de tributação dos bens e serviços no Brasil; o qual propõe a criação de um único tributo denominado Imposto sobre bens e serviços (IBS), com características de um imposto sobre o valor agregado, em substituição a outros cinco impostos: IPI, ICMS, ISS, COFINS E PIS.

Salienta-se que uma inovação seria que mesmo em operações interestaduais ou intermunicipais, existe a possibilidade de apuração de forma centralizada, cuja receita seria distribuída entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios proporcionalmente ao saldo entre débitos e créditos a serem atribuídos a cada ente federativo.

Dessarte, em que pese a existência de opiniões antagônicas, outro ponto interessante que entenderemos ser pertinente destacar é a não instituição, até a presente data, do Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF), o qual foi previsto no 153, VII, da Constituição de 1988, mas nunca implementado.

Considerando que o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (Lei complementar nº 111/01 e EC nº 67/2010) seria provido, dentre outras fontes, pelas receitas auferidas com o referido tributo, conforme art. 8º, III, do ADCT e art. 2º, III da LC nº. 111/2001, sua implementação incluiria novos aportes financeiros para o combate a pobreza, contribuindo de forma direta para a Justiça Social.

Outra justificativa para sua instituição é que se trata de um tributo previsível, pois consta no texto constitucional desde sua promulgação em 1988, de forma que um receio hipotético no sentido de que haveria uma fuga de capitais não deve prosperar, até mesmo porque o cenário tributário em boa parte dos países não é tão favorável para a manutenção de grandes fortunas, como é no Brasil.

Obviamente, a economia pode sofrer influências decorrentes da implementação desse tributo, mas como sugere os movimentos cíclicos da economia, adaptações deverão ocorrer no médio prazo.

Outrossim, espera-se que os aspectos citados acima sejam objeto de análise nas propostas de reforma do sistema tributário, até mesmo para que seja priorizada a capacidade contributiva, e ainda combater a sonegação fiscal, que certamente é um dos grandes gargalos na captação de recursos para o cumprimento das finalidades do Estado.

Por fim, a seguir demonstraremos políticas públicas, especialmente em matéria tributária, implementadas durante a pandemia da COVID – 19 no Brasil.

4 REFLEXÕES SOBRE O REGIME FISCAL EXTRAORDINÁRIO E O SOCORRO EMERGENCIAL AOS ESTADOS DURANTE A PANDEMIA DA COVID – 19 NO BRASIL

Conforme explanado ao longo deste artigo, sem dúvidas é um dever do Estado a promoção da justiça social, incluindo o bem estar da população, a qual tem o dever de pagar os tributos devidos para financiamento da máquina pública.

Nesse contexto, é de conhecimento público que uma pandemia decorrente do vírus SARS-CoV-2, também conhecido como Novo Corona Vírus ou Covid – 19 abalou o mundo, sendo identificado inicialmente na China no final do ano de 2019; atingiu o Brasil em fevereiro de 2020.

A repercussão gerada pela onda de contágio que assolou o país impôs a adoção de diversas medidas preventivas, incluindo o isolamento social, uma vez que não há, até o presente momento uma medida eficaz de combate ao vírus.

Dentre as diversas mazelas decorrentes dessa pandemia, o impacto social e econômico já é considerado sem precedentes na história do Brasil, o que certamente deverá reverberar por muito tempo, com desdobramentos ainda imprevisíveis, principalmente para a saúde pública e economia.

Por essa razão, diversas medidas, ainda que modestas, tiveram que ser adotadas pelo governo federal como resposta a esses efeitos devastadores, dentre elas, a aprovação do regime extraordinário fiscal e a ajuda financeira aos Estados e Municípios durante a pandemia, as quais serão abordadas a seguir:

a) O regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia:

A Emenda Constitucional nº 106/2020 que trata da temática descrita neste subtópico é proveniente do Projeto de Emenda a Constituição nº 10/2020 proposto em 07 de abril do mesmo ano, também denominado de PEC do Orçamento de Guerra.

Após o trâmite em caráter emergencial nas duas casas do Poder Legislativo, em 07 de maio de 2020 foi promulgada a referida PEC, que em razão de emergência de saúde pública, prescreve a implementação do regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para atender às necessidades dele decorrentes, obviamente, somente naquilo em que a urgência for incompatível com o regime regular.

A Emenda Constitucional nº 106/2020 entrou em vigor na data de sua publicação, convalidando os atos de gestão praticados desde o dia 20 de março de 2020; sua vigência é delimitada até o encerramento do Estado de Calamidade Pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6/2020 do Congresso Nacional, cuja previsão é o dia 31 de dezembro de 2020, quando aquela ficará automaticamente revogada.

Para enfrentamento do contexto de calamidade e seus efeitos econômicos, procedimentos de caráter obrigatório foram flexibilizados, inclusive em relação a chamada “regra de ouro” que consiste, em apertada síntese, na vedação ao aumento de dívidas para pagamento de despesas correntes.

Com isso o executivo poderá promover processos simplificados de contratação de pessoal (em caráter temporário), e de obras, serviços e compras, dispensados os limites impostos para contratação estabelecidos no parágrafo 1º do art. 169 e inciso IX do art. 37 da Constituição Federal; inclusive é possível que uma pessoa jurídica que esteja em débito com a seguridade social contrate com o Poder Público, ou dele receba benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Além do mais, dentre outras medidas para obter recursos financeiros, poderá comprar e vender títulos do Tesouro Nacional nos mercados secundários, ainda que internacionais, e ativos de capitais e de pagamentos (com restrições específicas).

Essas medidas, nem de longe, representam uma espécie de “cheque em branco” para os gestores públicos, mas são de suma importância para que esses possam atuar de forma responsável e com maior autonomia durante o enfrentamento da pandemia. E obviamente é necessária muita cautela para que sejam criadas condições perfeitas para uma transição, a fim de se promover a recuperação da economia.

De qualquer forma, incentivos estão sendo implementados para socorrer empresas e preservar empregos; e é ao menos provável uma mitigação de Princípios como a Isonomia e Capacidade contributiva, os quais devem ser minimamente preservados para a concretização de uma justiça fiscal em tempos de pandemia.

b) Quanto a outra medida importante adotada pela União, trata-se do programa federativo de enfrentamento ao Coronavírus, o qual dispõe sobre a ajuda financeira aos Estados e Municípios, disciplinado pela Lei complementar nº. 173/2020, de 27 de maio de 2020.

Dentre as medidas previstas estão a suspensão de pagamentos de dívidas contratadas entre entes federados, suspensão de pagamentos dos refinanciamentos de dívidas dos Municípios a Previdência Social, suspensão dos prazos de validade de concursos públicos já homologados, dentre outros, mas uma das mais importantes é aporte financeiro:

O repasse financeiro emergencial aos Estados, Distrito Federal e Municípios é da ordem de sessenta bilhões, de forma parcelada, para que o Poder Executivo local promova ações de enfrentamento à Covid-19 e mitigação de seus efeitos financeiros, cujos critérios para distribuição estão descritos no art. 5º da citada lei, e devem ser fiscalizados mediante ações efetivas na punição de eventuais abusos.

Entretanto, há contrapartidas importantes a serem atendidas. Veja-se uma síntese daquelas que entendemos como mais relevantes:

Conforme o art. 8º da LC nº 173/2020, ficam proibidos até 31/12/2021: conceder reajuste de salários e benefícios para servidores públicos e militares; contagem de tempo de serviço para fins de concessão de anuênios, triênios, quinquênios, licenças-prêmio e demais mecanismos equivalentes; vedação de aumento da despesa obrigatória acima da inflação, exceto para combate a covid-19; contratação, criação de cargos e concurso para novas vagas, exceto vagas em aberto, chefia e trabalhadores temporários para o combate à Covid-19.

É inevitável que haja um endividamento da união para transferência desses aportes, e isso será de responsabilidade dos brasileiros, de qualquer modo, independente de qual local resida ou dos benefícios que eventualmente foram auferidos nesse período.

Além disso, a lógica redistributiva aparentemente adotada pode não ser a melhor alternativa, uma vez que as despesas públicas irão aumentar, com uma respectiva queda na arrecadação, decorrente desses tempos.

Note-se, portanto que a atuação do Estado nessa pandemia mediante as Políticas Públicas citadas, dentre outras, decorrem diretamente do Orçamento Público, consolidado com recursos financeiros do Estado brasileiro; que, como dito em diversas oportunidades, depende da colaboração do contribuinte em seu dever fundamental de pagar tributos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme desenvolvimento da pesquisa, a partir da revisão bibliográfica foi demonstrada a importância do mínimo existencial para a dignidade da pessoa humana. Nessa perspectiva, ele deve ser encarado como uma espécie de barreira a tributação, um limite mínimo, a fim de não permitir a violação aos direitos fundamentais do cidadão.

É por esse motivo que os limites impostos ao poder de tributar previstos na Constituição devem ser assegurados, principalmente para que a tributação não atinja um caráter confiscatório ou extremamente oneroso dentro de determinada realidade social. Esses limites também podem ser entendidos como um desdobramento do Princípio da Capacidade Contributiva.

Nesse sentido, foi demonstrado ainda que a implementação de direitos fundamentais insertos ao ordenamento jurídico, tem um custo elevado que é atendido pelo Estado, cuja principal fonte de custeio é a tributação. Ou seja, o Poder Público necessita das receitas obtidas com o recebimento de tributos não apenas para a manutenção da máquina pública, mas também para garantir a proteção a esses direitos.

É nesse contexto que se identifica o dever fundamental do contribuinte em pagar os tributos devidos, pois eles estão diretamente relacionados com a contraprestação do Estado na promoção de serviços públicos e atendimento aos objetivos fundamentais da República.

Uma efetiva justiça social se caracteriza justamente quando são implementadas medidas de combate as principais mazelas sociais como de combate a fome, saúde, educação, e outros programas de interesse social, corrigindo-se desigualdades atinentes aos serviços básicos aos cidadãos.

Para tanto, uma justiça tributária também deverá ser pautada no Princípio da capacidade contributiva do contribuinte, a qual se relaciona com a justiça distributiva, cuja destinação dos recursos é feita de modo eficiente em prol daqueles que necessitam.

É certo que muito se discute sobre a implementação de uma ampla reforma tributária, bem como a implementação do imposto sobre grandes fortunas poderia incrementar aportes financeiros ao Estado, todavia, em que pese a necessária abordagem dessas temáticas, o atual momento em que a economia está passando com a pandemia da COVID-19, inviabiliza qualquer discussão nesse sentido.

Isso porque o momento é mais apropriado para manter empregos, empresas, e consequentemente a economia do país, não sendo apropriada, a nosso sentir, qualquer medida que onere ainda mais o contribuinte, que já está no limite de suas capacidades financeiras.

Outrossim, optamos por comentar algumas das medidas adotadas pela União para minimizar o impacto da pandemia na economia brasileira e, reservadas as devidas proporções, contribuir para a justiça social.

Dessa forma, verifica-se que as medidas descritas no orçamento de guerra não representam um “cheque em branco” para que o gestor público atue como bem entender, mas são necessárias em razão da crise que está sendo potencializada pela pandemia.

Entretanto, é certo que a fim de evitar-se a impunidade em eventual má gestão, os mecanismos de controle deverão se debruçar sobre o planejamento de atuação do poder público, bem como suas escolhas, exigindo-se sempre transparência e lisura na aplicação dos recursos.

Quanto a ajuda financeira aos Estados e Municípios, embora as contrapartidas sejam relativamente modestas, o aporte financeiro certamente produzirá um efeito positivo, mas outras medidas devem ser implementadas ou maximizadas (em que pese isso ocorrer a duras penas para a União), a exemplo de desonerações, incentivos fiscais, parcelamento e suspensão do pagamento de determinados tributos, além de outras medidas de cunho interdisciplinar.

Essas medidas, obviamente, devem ser proporcionais e uniformes a todos os seguimentos que efetivamente foram afetados pela pandemia, para que não acabem fomentando desequilíbrios concorrenciais.

Por fim, quanto ao futuro: pós-pandemia, depois de atravessar uma crise na saúde e outra social, só o tempo dará respostas em relação a economia, mas o cenário não é favorável. Na verdade o cenário que se avizinha demonstra que muito tempo será necessário para uma recuperação econômica, o que dependerá prioritariamente da capacidade do Estado em promover medidas efetivas para reorganizar o sistema produtivo brasileiro e do próprio mercado.

REFERÊNCIAS

BARCAROLLO, Felipe. O Dever Fundamental de Pagar Impostos como Condição de Possibilidade para a Implementação de Políticas Públicas. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, Rio de Janeiro, v. 1, n.1, p. 1-36, 2013.

Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfptd/article/view/4764/4217>. Acesso em: 10 maio 2020.

BERGAMASCHI, Igor Felipe; BOTH, Laura Garbini. Os direitos humanos na pós-modernidade. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 8, p. 27-38, 2017. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/434>. Acesso em 10 dez. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 maio 2020.

BUFFON, Marciano. A tributação como instrumento de concretização dos direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v. 38, n. 2, p. 555-579, 2010. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18389>. Acesso em: 15 junho 2020.

CALIENDO, Paulo. **Curso de direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. (E-pub).

DOMINGOS, Terezinha de Oliveira; CUNHA, Leandro Reinaldo da. A tributação como instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana em face do desenvolvimento. In: XXII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UNICURITIBA, 12, 2013, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis. FUNJAB, 2013, p. 48-71. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=154aa6866aefb6f8>. Acesso: em 20 junho 2020.

FERNANDES, Daniela Ovídio. Tributação sobre a renda: princípio da capacidade contributiva e o limite de isenção do Irfp. In: FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato (Coord.). **Tributação, direitos fundamentais e desenvolvimento**. São Paulo: Blucher, 2018, p. 211-250.

GERBASE; Livi. **Como promover justiça social por meio da justiça fiscal?**. Brasília: INESC, 2019. Disponível em: <https://www.inesc.org.br/como-promover-justica-social-por-meio-da-justica-fiscal/>. Acesso em: 10 maio 2020.

HACK, Erico. A proteção da capacidade contributiva tributária pelos direitos humanos internacionais. **Revista Scientia Iuris**, Londrina, v. 11, p. 19-37, 2007. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4145/3510>. Acesso em: 15 junho 2020.

MATURANO, Ana Júlia Ferraz Pozo. Tributação inconstitucional do imposto de transmissão sobre bens imóveis: o confronto entre o direito real de propriedade e o combate à evasão fiscal. In: FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato (Coord.). **Tributação, direitos fundamentais e desenvolvimento**. São Paulo: Blucher, 2018, p.171-208.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**, v. 3, n.2, p. 9-30, 2010. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7246>. Acesso em: 15 junho 2020.

PAES, José Eduardo Sabo; SANTOS, Júlio Edstron S. A tributação como meio de efetivação jurídica da teoria do mínimo existencial. **Revista Jurídica**, Anápolis, v. 2, n. 23, p. 96-109, jan./jun., 2014. Disponível em: <http://periodicos.unievangelica.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/1074/1016>. Acesso em: 15 junho 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RIBEIRO, Maria de Fátima. Efetivação de políticas públicas e a escassez de recursos financeiros. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, n.p. 01 out. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/efetivacao-de-politicas-publicas-e-a-escassez-de-recursos-financeiros/>. Acesso em: 10 maio 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; MENDONÇA, Sandra Maria de Menezes. A tributação da renda como forma de Justiça Social. **Revista Argumentum**, Marília, v. 20, n. 1, p. 203-221, jan./abr. 2019. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/955/701>. Acesso em: 10 maio 2020.

SILVA, Larissa Firmo da. A aplicação do princípio da capacidade contributiva na tributação sobre o patrimônio destinado à habitação e a concretização do direito fundamental à moradia. In: FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato (Coord.). **Tributação, direitos fundamentais e desenvolvimento**. São Paulo: Blucher, 2018, p.23-91.

STF. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 592581, julgado em 13-08-2015, DJE 01-02-2016. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur336550/false>. Acesso em 20 maio 2020.

STF. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.055 DF, julgado em 15-12-2016. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13265420>. Acesso em 20 maio 2020.

STF. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 647885, julgado em 27-04-2020, DJE 19-05-2020. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur424796/false>. Acesso em 20 maio 2020.

VALLE, Maurício Dalri Timm do; AVEIRO, Júlio da Costa Rostirola. O mínimo existencial e a tributação. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário**, Brasília, v. 12, nº2, p. 76-123, jul./dez., 2017. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/8707>. Acesso em: 15 junho 2020.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; ZIEMBOWICZ, Rodrigo Luís. Revisitando o dever fundamental de pagar tributos sob a perspectiva da sociedade dos direitos. **Revista do Programa de Pós Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 38, n.2, p-549-561, jul/dez. 2018. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/32888/95982>. Acesso em: 10 maio 2020.

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho; RIBEIRO, Maria de Fátima. O Tributo como Fato de Geração da Justiça Fiscal e do Bem-Estar Social. **Revista Argumentum**, Marília, v. 6, p. 59-80, 2006.

Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/733>. Acesso em 10 dez. 2020.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA PEER-TO-
PEER, CONTRATOS INTELIGENTES E A REGULAÇÃO DO
ACESSO À ENERGIA NO BRASIL

MATEUS DE OLIVEIRA FORNASIER
NORBERTO MILTON PAIVA KNEBEL

COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA PEER-TO-PEER, CONTRATOS INTELIGENTES E A REGULAÇÃO DO ACESSO À ENERGIA NO BRASIL

PEER-TO-PEER ELECTRIC POWER MARKETING, SMART CONTRACTS AND THE REGULATION OF ENERGY ACCESS IN BRAZIL

Recebido: 29/03/2021
Aprovado: 22/05/2021

Mateus de Oliveira Fornasier¹
Norberto Milton Paiva Knebel²

RESUMO:

Este trabalho objetiva, em linhas gerais, identificar como a comercialização de energia elétrica *peer-to-peer*, teoricamente, se relaciona com a regulação jurídica brasileira. A hipótese que se apresenta é a de que, no atual estado de coisas, há um conflito entre esses negócios jurídicos e a regulação da energia elétrica, sendo a possibilidade de coexistência entre o sistema nacional e essa nova forma de comercialização algo de necessária regulamentação atualizada. Seus objetivos específicos são: i) explorar o conceito de comercialização *peer-to-peer* e a tecnologia da *blockchain*; ii) estudar a operacionalização dessas tecnologias por meio dos contratos inteligentes; iii) tratar acerca das contradições entre esse tipo de negócio jurídico e os direitos fundamentais e humanos. Como resultado, tem-se que O vácuo normativo identificado é natural nessas tecnologias disruptivas faz com que seja necessário, no caso brasileiro, manter uma firme regulação sob os princípios da continuidade, universalidade e modicidade tarifária para a energia elétrica enquanto promove o desenvolvimento tecnológico. Assim, compreende-se possível a realização dessa forma econômica desde que não ofenda a universalização do acesso aos vulneráveis, sendo possível a coexistência dos sistemas de distribuição de energia — a rede distribuída e as microrredes. Metodologia: método de procedimento dedutivo, de abordagem qualitativa e técnica de pesquisa bibliográfico-documental.

Palavras-chave: Energia elétrica. Comercialização *peer-to-peer*. Contratos inteligentes. *Blockchain*. Direitos fundamentais.

ABSTRACT:

This paper aims to identify how the commerce of peer-to-peer electricity, theoretically, is related to Brazilian policy. Its hypothesis is that, in the present state of affairs, there is a conflict between these businesses and the electricity policy, being the possibility of coexistence between the

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS, Brasil) (2013), com Pós-Doutorado pela University of Westminster (Reino Unido) (2018-2019). Atualmente é professor/pesquisador da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI), no programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) em Direito. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Sociologia Jurídica e Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: regulação da tecnologia, inteligência artificial e Direito, filosofia da tecnologia, democracia eletrônica e cidadania digital. Email: mateus.fornasier@gmail.com

² Doutorando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito Humanos da Unijui-RS, na linha de pesquisa “Democracia, Direitos Humanos e Desenvolvimento”, com bolsa CAPES/PROSUP. Mestre em Direito pela Universidade La Salle - Canoas/RS com bolsa integral CAPES/PROSUP. Especialista em Direito Penal e Processo Penal (IMED). Especialista em Direito Ambiental (FMU). Advogado. Pesquisador do Grupo de Pesquisas Teorias Sociais do Direito da Universidade La Salle. Email: norberto.knebel@gmail.com

national system and this new way of commerce something that needs an updated regulation. Its specific objectives are: i) to explore the concepts of peer-to-peer marketing and blockchain technology; ii) to study the operationalization of these technologies through smart contracts; iii) to address the contradictions between this type of legal business and fundamental and human rights. As a result, the normative vacuum identified is natural in these disruptive technologies, so it is necessary, in the Brazilian case, to maintain a firm regulation under the principles of continuity, universality and tariff affordability for electric energy while promoting technological development. Thus, it is possible to realize this economic form as long as it does not offend the universalization of access to the vulnerable, being possible the coexistence of energy distribution systems - the distributed network and the micro networks. Methodology: deductive procedure method, qualitative approach and bibliographic-documentary research technique.

Keywords: Electric power. Peer-to-peer marketing. Smart contracts. Blockchain. Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico na era do *big data* tem impactado a Economia e o Direito no sentido que a ubiquidade da informação — na produção e reprodução dos dados digitais — é influente na vida cotidiana. A energia elétrica como elemento essencial para a vida contemporânea também tem passado por transformações importantes relativas a seu acesso e sua distribuição — tanto na ascensão de redes inteligentes como em novas possibilidades de armazenagem e distribuição locais de energia, tendo em vista o compartilhamento de infraestrutura de produção energética.

Este artigo analisa a possibilidade de comercialização de energia elétrica *peer-to-peer*, ou seja, de serem estabelecidos negócios jurídicos de distribuição de energia entre consumidores, principalmente relativos às práticas de microrredes (*microgrids*) — que estabelecem formas locais de geração, armazenagem e distribuição de energia. A ascensão tanto das redes inteligentes ligadas ao contexto da Internet das Coisas (IoT) — em que dispositivos se conectam entre si (M2M) — quanto dessas microrredes constitui tecnicamente essa nova possibilidade de comercialização de energia elétrica.

A geração, transmissão e distribuição de energia elétrica tem passado por uma transformação, eis que o desenvolvimento de novas tecnologias tem permitido a criação de novas formas de rentabilização. A principal tecnologia que tem sido vista como a solução dos problemas da velocidade e da dinâmica das tecnologias da informação é o da *blockchain*, que promove transações ponto a ponto sem a auditoria de terceiros (OCHOA; SILVA; LEITHARDT, 2019, p.1). As três razões pelas quais a transação *peer-to-peer* (P2P) via *blockchain* é uma via adequada são descritas por Wang et al. (2019, p. 2720): (I) o *blockchain* permite a armazenagem das transações entre pares sem alterações e respeitando o comportamento de cada usuário; (II) a *blockchain* ajuda a reduzir os custos da produção local de energia, permitindo parcerias locais; (III) os contratos inteligentes são a plataforma ideal para implementação de negócios P2P devido à sua resposta imediata a demandas e os mecanismos de automação.

No campo jurídico, o instrumento utilizado é do que se conceitualmente se chama de contratos inteligentes (*smart contracts*). Eles são considerados uma forma totalmente nova de contratar (e não simplesmente uma forma específica de contrato), aliados ao contexto da automação algorítmica em que contratos podem ser executados e ajustados de acordo com os *frameworks* gerados de acordo com o contexto (do usuário, do ambiente e do espaço).

Portanto, há uma forma de comercialização de energia ligada às novas tecnologias, a comercialização P2P, e uma forma jurídica de operacionalização desses negócios, que são os

contratos inteligentes. Entretanto, a partir disso surge um problema (o qual constitui, também, a questão central deste artigo), ao se identificar que a regulação da energia elétrica no Brasil busca respeitar o acesso a energia como direito fundamental, sendo, por isso de competência exclusiva da União. Dessa forma, como estabelecer negócios *peer-to-peer* no contexto do regulação nacional de energia elétrica?

Assim, o objetivo geral deste trabalho é identificar como a comercialização de energia elétrica *peer-to-peer*, teoricamente, se relaciona com a regulação brasileira. Para isso, é necessário, num primeiro momento, explorar o conceito desse negócio jurídico sob sua forma econômica — a tecnologia *blockchain* — e sua forma jurídica — os contratos inteligentes. Em segundo lugar, é preciso, também, apontar quais as possíveis contradições entre os direitos fundamentais e os direitos humanos e o estabelecimento desse tipo de comercialização de energia elétrica.

O método de procedimento adotado é de reflexão dedutiva, de abordagem qualitativa e técnica de pesquisa bibliográfico-documental, orientada pela hipótese de que há um conflito entre esses negócios jurídicos e a regulação da energia elétrica, sendo a possibilidade de coexistência entre o sistema nacional e essa nova forma de comercialização algo de necessária regulamentação. Para isso, na primeira parte do texto será explorado o conceito de comercialização *peer-to-peer* e a tecnologia da *blockchain* (forma econômica); na segunda parte a operacionalização dessas por meio dos contratos inteligentes (forma jurídica); enquanto na terceira parte serão tratadas das contradições entre esse negócio jurídico e os direitos fundamentais e humanos.

1 FORMA ECONÔMICA: *BLOCKCHAIN* E A ENERGIA ELÉTRICA PEER-TO-PEER

As propriedades características da tecnologia *blockchain*, segundo Greve (2018, p. 3-4), são: (I) Descentralização: a confiança das transações se dá entre as partes sem intermediário; (II) Disponibilidade e Integridade: o sistema possui dados transparentes e constantes, não sendo possível perdê-los com o tempo; (III) Transparência e Auditabilidade: as transações são públicas e podem ser auditadas facilmente; (IV) Imutabilidade e Irrefutabilidade: os registros são imutáveis, sendo as atualizações possíveis somente em novas transações (e novo consenso); (V) Privacidade e Anonimidade: não há terceiro fiscalizador e as chaves de acesso são individuais; (VI) Desintermediação: integra diversos sistemas de forma direta; (VII) Cooperação e Incentivos: O consenso sob demanda funciona como incentivo.

O uso das tecnologias *blockchain* aponta para uma nova era do consenso sob demanda, que ao implementar máquinas que mantêm um consistente estado compartilhado de pares distribuídos em rede, em um conjunto e ordem de transações aceitas por todos os participantes, institui protocolos de consenso (GREVE, 2018, p. 2). Essa forma tecnológica pode oferecer soluções para a indústria da energia elétrica, como os proeminentes projetos de implementação que contemplam negócios P2P e aplicações de IoT, criando mercados descentralizados. O impacto potencial da *blockchain* na possibilidade de instaurar uma modalidade de comércio de energia elétrica entre pares, cliente-cliente, é resumido por Andoni et al. (2019, p. 151-52) em dez características:

(I): cobranças: os contratos inteligentes podem concretizar transações automatizadas para consumidores e geradores, tanto com micro-pagamentos recorrentes ou conforme o uso. A diminuição do custo administrativo pode reduzir o custo da tarifa ao mesmo tempo que a rastreabilidade da energia produzida e consumida a cada ponto da rede informa os consumidores sobre a origem e o custo da energia em tempo real — ajustando a demanda e a organização de segurança contra ataques de terceiros (ANDONI et al., 2019, p. 157);

(II) vendas e marketing: as vendas podem ser focadas conforme as individualidades do perfil de cada consumidor, em tempo real, por meio das inteligências artificiais (AI) e do *machine learning*. Isso institui um modelo de gestão energética baseado na demanda — *demand-side management* (DSM) — que se organiza a partir das decisões tomadas pelos consumidores, tanto de maneira informada, quanto na criação de figuras artificiais inteligentes ativas nas residências, capazes de tomar decisões baseadas na otimização do consumo (DI SANTO et al., 2018, p. 152-161).

(III) operações de mercado: podem promover, para empresas, venda e comércio de ações e títulos em plataforma autônoma. As criptomoedas são uma popular aplicação da *blockchain*, inclusive, com a ascensão de criptomoedas e *tokens* de energia específicos para a atividade de comercialização de energia elétrica, que descentralizam as redes ao intermediar transações de energia — gerando um contínuo *feedback* de validação dos *tokens* entre pares.³ A digitalização do mercado da distribuição de energia elétrica institui um novo modelo de negócios baseado na flexibilidade e em operações múltiplas (PEREIRA et al., 2018, p. 435).

(IV) automação: implementa o controle de sistemas de energia descentralizado e dos *microgrids* ao promover inteligências artificiais para gerir produção e distribuição local de energia. A utilização de negócios automatizados via *blockchain* vira uma realidade a partir das inteligências artificiais capazes de gerir a demanda e também estabelecer tarifas. Na distribuição corresponde aos sistemas automáticos de medição e no uso final aos sistemas de gerenciamento de energias prediais e residenciais (FALCÃO, 2009, p. 4).

(V) *smart grids*: conexão entre os dispositivos de transmissão e armazenagem de energia, como os sensores inteligentes de controle de consumo. É a tecnologia que desenvolve a maximização dos benefícios e utilidades dos serviços de energia ao usar eficientemente todos os recursos disponíveis - é uma rede inteligente que combina a informação em tempo real com as redes de energia elétrica existentes (ou novas)⁴, é a sensibilização dos dispositivos de produção e distribuição de energia tendo em vista a comunicação pela internet e o contexto (KAKRAN; CHANANA, 2018, p. 525).

(VI) gerenciamentos das redes de energia: pode ser flexibilizado e automatizado por recursos flexíveis. Impacta tanto as redes inteligentes que universalizam o acesso a energia quanto as micro-gerações distribuídas: nas primeiras, ele pode identificar os padrões locais de consumo e distribuição, enquanto nas pequenas redes pode flexibilizar e automatizar o comportamento dos produtores-consumidores (*prosumers*) de energia. Nesse sentido, os negócios via *blockchain* garantem uma integração dessas plataformas (ANDONI et al., 2019, p. 151-152).

(VII) segurança e proteção de identidade: as transações são criptografadas e a confidencialidade de dados é um princípio, tendo em vista o *blockchain* ser uma plataforma resiliente capaz de anotar negócios interconectados (MYLREA; GOURISETTI, 2017, p. 21). Do ponto de vista das identidades, as transações via *blockchain* são sempre assinadas e verificadas⁵ ao mesmo tempo que completamente anônimas (AITZHAN; SVETINOVIC, 2016, p. 2-4), enquanto que para os dispositivos, no âmbito da IoT, promove mecanismo de autenticação atualizados e criptografia — sendo necessários mecanismos de segurança como *firewall* e a formação de ambientes seguros de execução das aplicações (MINOLI; OCCHIOGROSSO, 2018, p. 10-11).

(VIII) compartilhamento de recursos: pode proporcionar o uso de dispositivos conforme a necessidade em tempo real dentro de uma rede. A rede pode se integrar aos sistemas da infraestrutura das telecomunicações, por exemplo, sendo capaz de praticar a eficiência

³ Como o modelo exposto por Cong, Li e Wang (2018, p. 39).

⁴ Há a possibilidade de se constituírem redes inteligentes de energia independentes ou em operações em aliança com as redes tradicionais (MARZBAND et al, 2018)

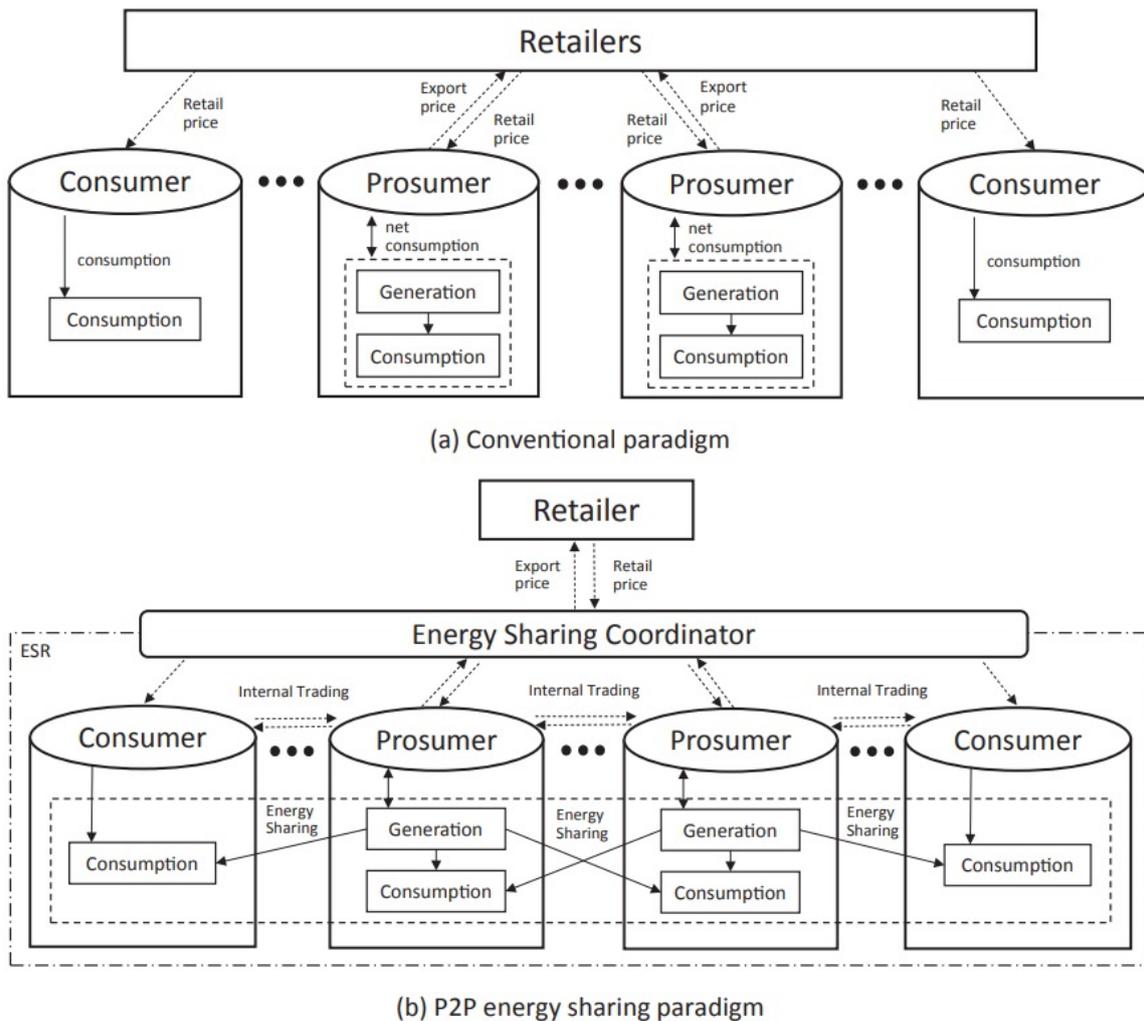
⁵ A arquitetura de uma *blockchain* é dividida em três partes: (I) prova de trabalho (*proof-of-work*): resolve os conflitos e tem o poder de adicionar informações a essa base de dados, (II) verificação de validade e (III) criptografia das informações (GABRICH; COELHO; COELHO, 2017, p. 7-8)

energética ao captar, via sensores, dados de mobilidade, clima e tempo (LAMIN, 2013, p. 145-146). Também, possibilita uma comunicação bidirecional que aumenta a quantidade de informação dos sistemas e sustenta uma demanda mais eficiente entre pares, que podem compartilhar recursos e infraestrutura de acordo com o melhor uso em tempo-real (ZAFAR; MAHMOOD; RAZZAQ; ALI; NAEEM; SHEHZAD, 2018, p. 1675).

(IX) competitividade: contratos inteligentes podem simplificar e acelerar o processo entre os fornecedores de energia, dando maior mobilidade e eficiência. O incentivo a uma maior dinâmica de preços tende a fazer com que os distribuidores ajustem as tarifas mais rapidamente e de acordo com a demanda, tornando a competitividade de fornecimento algo em tempo-real e descentralizado⁶ (CLASTRES, 2011, p. 5403-5404).

(X) transparência: registros imutáveis e processos transparentes melhoram os processos de auditoria e regulação. A arquitetura das transações de energia elétrica via *blockchain* permitem uma coleta de dados amplas pelos consumidores e pelos dispositivos que permitem a informação em tempo real do consumo e orienta a participação de outros atores ao prever a demanda por energia, portanto, o mercado de energia dos *prosumers* se baseia na transparências dos dados das operações (HWANG; CHOI; LEE; JEON; KIM; PARK; PARK, 2017, p. 196)

Figura 1: em (a) o modelo convencional de comercialização de energia e em (b) o modelo *peer-to-peer*.



Fonte: Zhou, Wu e Long (2018, p. 996)

⁶ O que sugere, do ponto de vista regulatório, de uma flexibilização do ponto de vista tarifário para promover competitividade e inovação (KRANZ; PICOT, 2011, p. 5)

Trata-se da emergência de um mercado de energia elétrica centrado nos consumidores, até por isso a utilização do termo *prosumer*, que nada mais é que o consumidor que também é produtor de energia, constituindo um comércio multi-bilateral (PINSON *et al*, 2017, p. 27). A descentralização do comércio de energia tem se desenvolvido na ascensão das redes inteligentes conectadas mundialmente à internet, ao mesmo tempo que estabelecida em redes locais; portanto, a ideia é de redes de energia auto-organizadas como modelos de negócios locais ou organizados de forma comunitária.

Esse modelo de comercialização de energia contrapõe a organização tradicional do setor elétrico brasileiro, pois se estrutura de baixo-para-cima — a partir dos produtores-consumidores, e não da usina distribuidora de energia. As tecnologias de *blockchain* permitem o armazenamento e gerenciamento de informações sem a necessidade de uma autoridade de controle centralizada, organizado em micro redes (*microgrids*) locais (GABRICH; COELHO; COELHO, 2017, p. 1). Portanto, aqui há de se falar em uma reorganização da comercialização de energia em direção aos *smart grids* e aos *microgrids*.

Observa-se, assim, uma conexão com o avanço tecnológico que proporciona a noção de redes inteligentes de energia — ligadas ao conceito de Internet das Coisas — com a noção de microrredes — que contempla uma nova forma de comercialização de energia “de baixo para cima”, em que a gestão energética é feita localmente. A tecnologia do *blockchain* é uma ferramenta para a realização desses negócios jurídicos, em que o instrumento jurídico adotado são os contratos inteligentes — adequados a essa nova realidade.

2 FORMA JURÍDICA: CONTRATOS INTELIGENTES NA INTERNET DAS COISAS

A tecnologia *blockchain*, ao promover um consentimento descentralizado, aumenta o potencial dos espaços de contratação por meio dos chamados “contratos inteligentes”, ou *smart contracts*. Isso ocorre por meio da capacidade de eleger agentes contratantes capazes de gerir os resultados e automatizar as transferências contingentes, sendo esse elemento capaz, em teoria, de eliminar a informação assimétrica entre consumidores ao agregar o consentimento de todos os participantes (CONG; HE, 2019, p. 1757). Em suma, a taxonomia de um contrato inteligente via *blockchain* é, segundo Christidis e Devetsiokiotis (2016, p. 2297): (I) quem tem acesso a rede: a permissão de quem pode participar, podendo ser limitada em cadeias privadas ou ilimitada em cadeias públicas; (II) quem pode fazer transações ou minerar: é um filtro que identifica a função dos participantes, podendo alguns estar apenas cumprindo a função de minerar criptomoedas, não fazendo transações; e (III) o modelo de transações: pode ser baseado em *criptomoeda* ou em contas pessoais recompensadas por *tokens*.

A utilização da *blockchain* nas transações comerciais tem o potencial de ressignificar diversos institutos jurídicos (FALEIRO JÚNIOR; ROTH, 2019, p. 39): no campo da operacionalidade inter-relacional, com a chegada dos (I) contratos inteligentes — instrumento para garantir segurança jurídica nas obrigações, mas para além do mero contrato eletrônico. Também, no campo da (II) propriedade intelectual, já que a enorme multiplicação informacional salienta um papel colaborativo de criação na internet — assim, o registro de propriedade intelectual é inserido nos consensos que geram blocos, estando permanentemente ligado ao histórico de transações, não podendo ser apagado (YANG, 2019, p. 747).

O mecanismo desses negócios jurídicos é o contrato inteligente, que consistem, em síntese, nos protocolos digitais que permitem aos dispositivos executarem contratos e suas prestações de forma autônoma, sem intervenção humana (FELIU REY, 2019, p. 1). Portanto, os contratos inteligentes agem como atores autônomos em que o comportamento é completamente

previsível — pois precisa descrever todos os possíveis resultados do contrato, mesmo que sejam aprendidos ao longo do tempo pela inteligência artificial, mas precisam estar escritos no código para produzirem um resultado —, por isso eles são determinados e só produzem consenso com retornos esperados e coerentes dentro da cadeia (CHRISTIDIS; DEVETSIOKIOTIS, 2016, p. 2296-2297).

Essa noção de contratos inteligentes passou por transformações, primeiramente existiam os “*data-oriented contract*” — que são os contratos digitais, ou seja, contratos escritos em linguagem escrita traduzidos para linguagem de máquina; posteriormente, surgiram os “*computable contract*” — já ligados ao parâmetro da autonomia das máquinas programadas, sendo cumpridos de forma automática e programada. Após ainda, surgiram então os “*autonomous computable contracts*”, que consistem na forma contemporânea dos contratos inteligentes — ao possibilitarem ao mecanismo contratual pactuar contratos com outros dispositivos autônomos, é o cenário dos contratos no âmbito da Internet das Coisas (FELIU REY, 2019, p. 12-13).

Portanto, a atualidade dos contratos inteligentes não corresponde a uma forma específica de contrato, mas sim, à forma de contratar.⁷ A realidade é de dispositivos autônomos conectados à internet, executando contratos entre si e com partes humanas. Essa é a concepção dos negócios jurídicos sob a égide da Internet das Coisas, que faz convergirem vários tipos de objetos da vida cotidiana sensíveis à internet e ao contexto, sendo capazes de interagir com o mundo, detectando elementos da vida ligados à necessidade e aos interesses delimitados, e se comunicando com outros dispositivos, tomando decisões (MAGRANI, 2018, p. 44).

A ligação com os objetivos e dispositivos do dia-a-dia é importante para mensurar a transformação da vida cotidiana em razão dessas tecnologias, pois não se tratam de algo pertencente somente às grandes operações de empresas ou Estados. A Internet das Coisas se dá no cenário das cidades e das residências, ao interligar dispositivos mundialmente e em tempo-real, de forma automatizada com protocolos que tomem decisões sobre o bem-estar e a segurança.⁸ É um contexto de enorme fluxo de dados, em que os participantes (sensores em máquinas, centro de dados, aplicações e consumidores) se comunicam de forma ubíqua e em tempo real (CARRION; QUARESMA, 2019, p. 53).

A interação entre os dispositivos (elementos não humanos) e os humanos (consumidores) se dá no fluxo de dados sensíveis ao contexto — ou da tecnologia de informação sensível ao contexto. A sensibilidade ao contexto se dá quando a gestão e criação de dados digitais é corroborada de acordo com o contexto dos usuários, do ambiente e do tempo, agindo de forma ativa ao interpretar os dados — geridos e categorizados conforme o contexto específico.

A relação dos objetos/dispositivos interligados com as necessidades próprias das redes e dos usuários é o cenário que faz com que surjam os *smart grids* de energia elétrica. Isso proporciona a ascensão de arquiteturas autônomas baseadas na internet das coisas (IoT), que são as empresas de distribuição autônomas (*distributed autonomous corporations — DAC*), entidades capazes de lidar com os pagamentos e as propriedades — sendo auditáveis pelos participantes da rede, a partir do protocolo estabelecido pela *blockchain*. Portanto, enquanto as transações de energia elétrica se dão entre os pares, é possível instituir um modelo de negócio gerido autonomamente, capaz de reduzir os custos operacionais, eficiente e flexível (ZHANG; WEN, 2017, p. 984).

Entre os consensos dos participantes e das organizações autônomas, os contratos inteligentes se constituem dentro desse ecossistema humano e não-humano. Pressupõe-se a confiança e a segurança das operações distribuídas para que os contratos sejam eficazes —

⁷ Até mesmo por isso existe um vácuo regulatório, pois a execução desses contratos independente de uma forma específica disposta em lei (MILAGRE, 2018, p. 7)

⁸ Um exemplo desse cenário são as chamadas “casas automatizadas”, conforme exposto em Sanchez, Costa e Fernandes (2019).

autoexecutáveis, portanto — respeitando a coerência da cadeia de blocos, a inviabilidade da criptografia e os mecanismos descentralizados de consenso entre os pares (registro distribuído, ou *distributed ledger*).⁹ Outro componente essencial desse ecossistema são os oráculos,¹⁰ fontes de informação permanente que orientam uma previsão (de preço, por exemplo) (FELIU REY, 2019, p. 14-16).

Dessa forma, o ecossistema dos contratos inteligentes é de confiança recíproca, condição para contemplar as suas características de autoexecutabilidade e inalterabilidade, ao mesmo tempo em que executa transações autônomas que sintetizam trocas com os pagamentos (sendo dados no mesmo instante). Salvo se o código prever, as formas de transação são inalteráveis, e serão executadas sob sua forma original, devendo a flexibilidade e a correção dos erros técnicos ser um mérito da programação, ao contrário de serem continuamente executadas operações equivocadas (SCHECHTMAN, 2019, p. 7-8)

Os contratos inteligentes são, portanto, a forma jurídica e a plataforma adequada para as operações de comercialização *peer-to-peer* de energia elétrica, justamente porque a *blockchain* permite essa execução automatizada dos contratos sob as condições de consumo e distribuição estabelecidas pelos consensos em rede (ANDONI et al., 2019, p. 144) e também pela imutabilidade dos registros e a segurança criptografada (ALI et al., 2018, p. 585). Essa noção de redes inteligentes de energia elétrica sendo aplicável ao conceito de *microgrid*/microrredes, torna possível apontar que existem as condições necessárias para negócios jurídicos de comercialização de energia elétrica em pequenas redes inteligentes, conectando localmente usuário consumidores/produtores (*prosumers*) com dispositivos de produção e gestão de energia elétrica.

3 FORMA POLÍTICA: REGULAÇÃO DA ENERGIA ELÉTRICA EM REDES INTELIGENTES E MICRORREDES

A Constituição Federal de 1988 define a competência privativa da União em legislar sobre a energia (art. 22, IV). Portanto, há um paradigma regulatório da União em relação à energia elétrica no Brasil, que por esse motivo instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) — agência reguladora sob forma de autarquia, criada pela Lei nº 9.427, de 1996. Esse regime nacional de regulação tem a finalidade de fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, considerada pela política e as diretrizes do Governo Federal como um serviço público.

Os serviços públicos podem ser concedidos ou permitidos para exploração de empresas privadas ou públicas, conforme o que é definido pela Lei nº 8.987/1995 — que aponta o poder concedente da União, dos Estados e dos Municípios para encontrarem agentes competentes para a prestação de algum serviço público adequado. A Constituição Federal aponta para a incumbência do Poder Público de executar os serviços públicos necessários diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão (art. 175), dispondo sob (I) o regime de contratação das empresas concessionárias, (II) os direitos dos usuários, (III) política tarifária, (IV) a obrigação de manter serviço adequado.

9 Corresponde a ideia de um banco de dados distribuído pelos nós de todos os usuários conectados em uma rede descentralizada, armazenando todas as transações. A *blockchain* é uma dessas formas. (SIANO; DE MARCO; ROLÁN; LOIA, 2019)

10 Conforme a definição de Paiva Sobrinho, Garcia, Maia e Romeiro (2019, p. 162): “Independentemente da plataforma blockchain, os smart contracts possuem características comuns como o uso de oráculos. Os oráculos são simplesmente fontes de informação/dados confiáveis que servem de entrada para os contratos inteligentes. Por exemplo, o serviço de medição de temperatura de alguma instituição governamental pode ser o oráculo para fornecer os dados de temperatura que serão usados em um smart contract que utiliza representa uma aposta entre duas pessoas, isto é, se no dia específica a determinada hora a temperatura for igual a um valor específico um dos envolvidos perde a aposta e o contrato inteligente transfere automaticamente um ativo (criptomoedas) para a parte vencedora.”

Portanto, ao mesmo tempo em que há uma regulação privativa por meio da União sob a produção e comercialização de energia, ao Poder Público reserva-se a competência de decidir por conceder ou permitir que a empresa competente realize o serviço de acesso à energia elétrica para os cidadãos enquanto a explora de maneira privada, devendo restringir-se aos regulamentos da Agência Nacional de Energia Elétrica.

Dessa forma, a implementação de redes inteligentes (*smart grids*) de energia elétrica depende de iniciativas tanto governamentais quanto privadas, buscando o desenvolvimento de tecnologias, alterações na regulação do setor e elaboração de projetos pilotos (BANDEIRA, 2012, p. 8). A ANEEL publicou a chamada para um “Programa Brasileiro de Rede Inteligente” em 2011, justamente na possibilidade do setor elétrico brasileiro estabelecer projetos de pesquisa e desenvolvimento tecnológico¹¹ em conjunto com diversos agentes tendo por fim a elaboração de um “Programa Brasileiro para implantação de Redes Inteligentes”. Influenciado pelo Grupo de Trabalho¹² para redes inteligentes composto pelo Ministério de Minas e Energia, Empresa de Pesquisa Energética, Centro de Pesquisa de Energia Elétrica, ANEEL, Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) e Câmara de Comercialização de Energia Elétrica.

O Grupo de Trabalho (MME, 2010, p. 21-22) utilizou como conceitos associados a modernização da rede elétrica: (a) confiabilidade, (b) eficiência, (c) segurança e (d) questões ambientais. E, também, como principais funções requeridas em uma rede inteligente são: (I) auto-recuperação, (II) motivar consumidores a serem mais participativos, (III) resistir a ataques físicos e cibernéticos, (IV) permitir vários tipos de geração e armazenagem de energia, (V) maior envolvimento do mercado e (VI) permitir uma maior utilização de geração intermitente de energia.

Esse cenário incentiva a prática de novas formas de distribuição de energia, promovendo maior participação dos consumidores — que também passam a ser produtores (*prosumers*), enquanto possibilita novas formas de armazenagem de energia elétrica, mesmo que mantenha a ligação com a distribuição central do operador — concessionário ou permissionário. O caderno temático sobre “Micro e Minigeração Distribuída” da Agência Nacional de Energia Elétrica explica a estrutura de regulação para o “Sistema de Compensação de Energia Elétrica”. Esse sistema foi criado pela agência após a promoção de Consulta e Audiência Pública¹³ tendo o objetivo de promover debates sobre a regulação e distribuição de energia de pequeno porte, implementando, ao final, resolução normativa que estabelece as condições gerais de fornecimento (ANEEL, 2016, p. 8).

A noção de distribuição de energia estabelecida por esse sistema é de que os sistemas de geração de energia locais sejam injetados na rede da distribuidora de energia elétrica, ou seja, que a rede receba a produção de energia local excedente e compense o produtor com créditos de energia (com valor dado pelos kWh). Entretanto, não se trata de uma relação somente do micro ou minigerador com a distribuidora, mas pode se dar das seguintes formas: (I) geração compartilhada: quando consumidores, dentro da mesma área de concessão ou permissão, por meio de consórcio ou cooperativa, que possua uma unidade de micro ou minigeração distribuída em local diferente das unidades consumidoras, nas quais a energia excedente será compensada; (II) Autoconsumo remoto: quando consumidores da mesma pessoa jurídica ou pessoa física que possua unidade consumidora com micro ou minigeração, utiliza local diferente, mas na mesma área de concessão ou permissão; (III) Empreendimento com múltiplas unidades consumidoras (condomínios): quando há utilização independente, sendo cada fração com uso individualizado

11 A ANEEL criou e regula um programa de “P&D” (Pesquisa e desenvolvimento), estabelecido pela Lei 9.991/2000 e alterada pela lei 13.280/2016, estabelecendo um investimento mínimo das concessionárias e permissionárias nessa área..

12 Criado após a portaria 440/110 do Ministério de Minas e Energia.

13 Consulta Pública realizada de 10/09/2010 até 09/11/2010 e Audiência Pública nº 42/2011 realiza de de 11/08/2011 até 14/10/2011.

(unidade consumidora) e a área comum, desde que a distribuição se limite somente a área do empreendimento (ANEEL, 2016, p. 15-16).

Portanto, há regulação da geração distribuída de pequeno porte enquanto ligada à rede distribuidora de energia, ou seja, uma coexistência dos *microgrids* com a rede universalizada. A regulação da energia elétrica no Brasil incide sobre o acesso à energia pelo cidadão e as concessões/permissões para produção e exploração, também, no âmbito da micro ou minigeração de energia elétrica — conectados à rede, instituindo um sistema de compensação para a produção e o uso intermitente de energia. Portanto, o vazio normativo se dá na efetiva comercialização entre pares, forma econômica aqui estudada na perspectiva das transações automatizadas mediadas pelos contratos eletrônicos e executadas via *blockchain*. Enfim, já há uma tecnologia para essas operações comerciais, tanto na economia como no Direito — mas resta saber como se constituirá o ciclo regulatório desse fenômeno.

O marco constitucional sobre o acesso à energia elétrica no Brasil o institui como direito fundamental, que não pode ficar à mercê de operações economistas puramente privadas, e havendo também a tendência à defesa do consumidor. Há uma estreita relação entre o acesso à energia e os Direitos Humanos. Conforme a tese de Costa (2009), o direito de acesso à energia é pré condição e meio fundamental do direito ao desenvolvimento previsto na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Ademais, sendo um serviço ao público, deve a estrutura normativa garantir a sua disponibilidade — sendo uma responsabilidade irrenunciável do Estado.

Conforme Bermann (2002, p. 18), a energia é um elemento fundamental para assegurar um mínimo padrão de vida; portanto, na realidade brasileira de um contexto social não pautado pela equidade fática e de notável desigualdade na distribuição de renda, é necessário se desenvolver mecanismos de regulação capazes de identificar e prover os requisitos mínimos para satisfação das necessidades básicas, na forma de garantir o acesso aos serviços. Reconhecendo a evidente disparidade social frente às questões como habitação, educação, saúde e saneamento básico, a energia elétrica se encontra nesse complexo de relações em que, ao mesmo tempo em que se precisa exigir qualidade no serviço prestado e se desenvolver tecnologicamente de forma sustentável, urge expandir e universalizar o acesso.

Essa condição, atrelada aos direitos fundamentais, pautam a existência de políticas públicas de ampliação do acesso à energia elétrica, ou seja, a formação de uma política energética nacional. Dois exemplos de políticas no Brasil são a (I) Tarifa Social e (II) Programa “Luz para todos”, que constituem o Plano de Universalização de Energia Elétrica do Governo Federal. A primeira é regulamentada pela Lei nº 12.212/2010 e o Decreto nº 7.583, que regulamenta descontos correspondentes ao consumo de energia,¹⁴ que é regressivo conforme o maior consumo (até 220 kWh/mês). Ademais, famílias indígenas e quilombolas inscritas no Cadastro Único do Governo Federal têm desconto de 100% na tarifa (com limite de consumo de 50 (kWh/mês)).¹⁵

A instauração de classes de consumo energético (grupos tarifários) pela Lei 10.438 pode ajudar o sistema a compensar os consumidores de baixa renda — e, conseqüentemente, baixo consumo — com tarifas mais baratas, cobrando mais de quem possui alto consumo.

¹⁴ A ANEEL divide as classes residenciais e de tarifa de de acordo com a Resolução Normativa nº 414, em seu artigo 53-C: (I) residencial, (II) residencial de baixa renda, (III) residencial de baixa renda indígena, (IV) residencial de baixa renda quilombola, (V) residencial baixa renda benefício de prestação continuada da assistência social e (VI) residencial baixa renda multifamiliar.

¹⁵ A Resolução Normativa nº 414 da ANEEL define a classificação das subclasses de acordo com o art 53-d: (I) família inscrita no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal - Cadastro Único com renda familiar mensal per capita menor ou igual a meio salário mínimo nacional; (II) idosos com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais ou pessoas com deficiência, que recebam o Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social - BPC; (III) III - família inscrita no Cadastro Único com renda mensal de até 3 (três) salários mínimos, que tenha portador de doença ou deficiência (física, motora, auditiva, visual, intelectual e múltipla) cujo tratamento, procedimento médico ou terapêutico requeira o uso continuado de aparelhos, equipamentos ou instrumentos que, para o seu funcionamento, demandem consumo de energia elétrica.

Portanto, se institui uma estrutura tarifária baseada na eficiência energética e na promoção da capacidade de consumir energia elétrica, mesmo para aqueles vulneráveis, ou seja, ao mesmo tempo que incentiva que os consumidores com altos padrões de consumo energético pensem em consumir de forma mais adequada, permite o maior acesso à energia para aqueles de baixa renda (SCHAEFFER et al., 2003, p. 71)

O Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso de Energia Elétrica — “Luz para Todos” — é uma política pública com intuito de promover acesso à energia elétrica em áreas remotas rurais, considerando tal serviço algo público e essencial é regulado pelo Decreto nº 7.520/2011 destinado a quem não possui acesso ao serviço, podendo ser famílias de baixa renda, famílias beneficiárias de programas de desenvolvimento social, assentamentos rurais, comunidades indígenas ou quilombolas, ou escolas, postos de saúde ou poços de água comunitários. É um marco legislativo para concretização da universalização do atendimento de energia elétrica no Brasil (PAZZINI et al., 2002, p. 7)

Antes dessas políticas de universalização, havia indefinição sobre a operacionalização do comando constitucional dos direitos fundamentais e sociais. O programa “luz para todos” foi um marco de política pública de inclusão ao compreender que o meio urbano já possui plena universalização da oferta de energia elétrica, enquanto o meio rural ainda precisa ser explorado - tendo reflexos no Estado no viés organizacional, formando uma estrutura operacional para execução do projeto e de natureza executiva ao estabelecer metas para execução das atividades (FREITAS; OLIVEIRA, 2017, p. 153).

A necessidade de regulação do setor elétrico e a promoção de políticas públicas se dá justamente pelos amplos processos de desestatização sofridos nesse campo, tendo em vista o Programa Nacional de Desestatização (lei nº 8.031/90) que emendou a Constituição Federal e diversas Constituições estaduais brasileiras, tendo em vista delegar a promoção desse serviço público a iniciativa privada. É nesse contexto que foi criada a ANEEL e essa tendência regulatória, sendo as políticas públicas de universalização da energia uma tentativa de guiar o acesso à energia na direção do interesse público, justamente pelo controle direto¹⁶ ter sido perdido para os agentes privados (GUIMARÃES, 2015, p. 85).

Portanto, o direito fundamental de acesso à energia é o da distribuição de energia, ou seja, o serviço universalizado de distribuir a todos a energia gerada e transmitida. O simples fato de gerar ou transmitir energia não é serviço público, o que constitui um serviço público é o que ele é referente e importante para a sociedade (CALASANS JUNIOR, 2013, p. 15). Dessa forma, o que efetiva tal direito é o seu acesso, que no Brasil se dá por meio de tarifa paga às concessionárias/permissionárias, devendo ser promovido de maneira adequada. Em suma, a oferta justa (continuidade, universalidade e modicidade tarifária) do serviço constitui o direito.

A comercialização *peer-to-peer* de energia elétrica surge como um paradigma não regulado que presume um sujeito ativo produtor/consumidor capaz de negociar e gerir autonomamente a distribuição de energia, todavia, deve coexistir com o sistema de distribuição calcado na regulação que obriga a continuidade, universalidade e modicidade tarifária para as concessionárias/permissionárias. O direito ao acesso à energia pressupõe universalização do acesso, algo que impede a comercialização entre pares de ser uma regra, ou seja, se tornar a nova estrutura de distribuição no Brasil.

Por um lado, prover aos consumidores um acesso em tempo-real aos custos de produção e as tarifas aplicadas, enquanto gestor de sua própria produção, formando um perfil flexível de comercialização de energia, tende a empoderar o cidadão como participante independente do

16 Conforme Machado (2015, p. 115): “Substituiu-se a execução direta pela regulação. As estatais foram privatizadas e, posteriormente, celebraram contratos de concessão com o poder concedente, que se manteve na condição essencial de titular daquelas atividades, dada a essencialidade dos serviços e a necessidade de permanente observância daqueles princípios de continuidade, universalidade e modicidade tarifária.”

mercado. Todavia, o paradigma da vulnerabilidade dos consumidores compreende um papel passivo deste e instaura um panorama protetor - o mundo das trocas de energia na *blockchain* exige um sistema com maiores papéis de responsabilidade individual (DIESTELMEIER, 2019, p. 195).

A ascensão de um mercado recente de *microgrids*¹⁷ anuncia novas problemáticas para a regulação, como é o caso do “*Brooklyn Microgrid*”, um sistema de geração e distribuição de energia renovável em Nova Iorque que contempla uma comunidade virtual baseada na plataforma de distribuição de energia ao mesmo tempo que uma micro rede que pode operar de forma separada do sistema de energia da cidade (MENGELKAMP et al., 2018, p. 7). Essa tecnologia disruptiva funciona à margem da regulação, enquanto não interfere negativamente no acesso à energia da cidade. Todavia, o desafio da regulação é compreender esse mercado em um cenário qual a universalização do acesso à energia seja afetada.

A experiência de regulação de outros países têm enfrentado esse desafio, da tendência de aumento do papel dos consumidores na distribuição de energia, mas reconhecendo a necessidade de manter a universalização do acesso, é preciso contemplar um local comum entre o empoderamento dos consumidores, no caso os *prosumers* e a proteção necessária das vulnerabilidades, como é caso da regulação na União Européia (DIESTELMEIER, 2019, p. 195). No contexto brasileiro, de ampla desigualdade da qualidade do acesso à energia, é necessário contemplar os interesses vulneráveis, ao mesmo tempo que permita o desenvolvimento da infraestrutura tecnológica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conclusão, portanto, do ponto de vista regulatório, é da coexistência entre as duas formas de distribuição de energia, adotando um sistema que contemple as trocas entre pares pelos *prosumers* e o sistema unificado que garanta a universalização da distribuição — tendo em vista o direito fundamental de acesso à energia elétrica. A comercialização *peer-to-peer* de energia elétrica via *blockchain* sob a forma de contratos inteligentes traz o potencial disruptivo das novas tecnologias e o desenvolvimento de redes inteligentes cada vez mais eficientes e capazes de gerir sistemas de forma autônoma, entretanto, é preciso contemplar também quem não faça parte desses negócios ou esteja em vulnerabilidade do ponto de vista da infraestrutura.

Para descrever esse fenômeno, foi preciso mapear as três formas atinentes: econômica, jurídica e política. Na primeira parte foi explorada a forma econômica da comercialização de energia elétrica *peer-to-peer*, ou seja, a possibilidade de transações de energia elétrica entre consumidores e consumidores/produtores (*prosumers*). Essa tendência pressupõe um sistema em que micro redes (*microgrids*) consigam executar transações entre pares, não somente com a rede distribuída - que é o atual sistema de compensação da microgeração distribuída. A forma econômica que torna isso possível é a *blockchain*, pois permite uma rede descentralizada de consensos capaz de unir os usuários com os dispositivos não humanos.

Há, nesse cenário, um aprofundamento das possibilidades das redes inteligentes de energia elétrica, que vem a ser a nova forma de distribuição de energia associada às novas tecnologias e conectando dispositivos que massificam as informações trabalhadas — dignos do cenário do *big data* e da Internet das Coisas — configurando-se, assim, possibilidades tecnológicas e de infraestrutura para que os micro geradores de energia possam constituir redes sólidas sem os enormes custos de infraestrutura, e podendo se estruturar de acordo com a demanda local.

¹⁷ O trabalho de Goranovic et al. (2017) elenca outros 14 projetos pelo mundo, todos baseados na *blockchain*, tendo como diferença que alguns são públicos e outros privados.

A forma jurídica para que essas operações ocorram só pode ser, no atual estado de coisas, dos contratos inteligentes, tendo em vista que são executados sob a plataforma da *blockchain* e não constituem uma forma contratual correspondente às formas estipuladas em lei, justamente pela sua autoexecutabilidade e automação. Os contratos inteligentes são o par tecnológico das transações de energia entre consumidores de forma digital, pois conseguem contemplar o aprendizado de máquina necessário e o cenário de demanda descentralizada e distribuída. São os contratos orientados por dados, que correspondem a uma programação baseada no interesse de cada usuário ou das premissas da organização autônoma que estabelece a empresa que media as transações.

Os negócios integralmente digitais e descentralizados que a comercialização de energia elétrica *peer-to-peer* precisa são operados pelos contratos inteligentes de forma a garantir segurança jurídica para as transações por via da *blockchain* que viabiliza o consenso sob demanda, o registro perpétuo das transações e a segurança da criptografia — seja numa rede pública, seja numa rede privada. Também, a descentralização como estrutura fundamental pressupõe que esses contratos tenham a flexibilidade e a velocidade digna das necessidades ajustadas em tempo real.

Ao final, a regulação desse fenômeno encontra-se num paradigma de um novo ciclo regulatório que se defronta para com questões entre a efetivação de Direitos Humanos e fundamentais e a abertura para inovação tecnológica. A comercialização de energia elétrica nessas vias entre pares e de maneira descentralizada se alimenta de tecnologias disruptivas que se dão à margem da regulação, mesmo que não ilegais, mas sob um contexto de difícil regulação, tamanho o grau de automação e de digitalização. É preciso contemplar a universalização do acesso à energia elétrica ao mesmo tempo que possibilite a ascensão das novas tecnologias que prometem maior eficiência e qualidade no uso da energia.

Os princípios jurídicos estabelecidos pelo Brasil colocam a prestação da energia como um serviço ao público essencial e de responsabilidade da União, ao ponto que existem políticas públicas tendo por objetivo a universalização do acesso — que se dá por via tarifária. A realidade que instituiu a privatização das concessionárias/permissionárias acabou com o controle direto da Administração Pública sob o fornecimento de energia, todavia, obriga o Estado a praticar a regulação do serviço — tarefa atribuída à ANEEL.

O atual vácuo normativo identificado é natural nessas tecnologias disruptivas, sendo constatado nas tentativas de regulação pela União Européia e nos Estados Unidos a dificuldade de definir as estruturas que constituem o comércio de energia elétrica P2P, sendo necessário, no caso brasileiro, manter uma firme regulação sob os princípios da continuidade, universalidade e modicidade tarifária para a energia elétrica enquanto promove o desenvolvimento tecnológico. Portanto, compreende-se possível a realização dessa forma econômica desde que não ofenda a universalização do acesso aos vulneráveis, sendo possível a coexistência dos sistemas de distribuição de energia — a rede distribuída e as microrredes.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (BRASIL). Micro e mini geração distribuída: sistema de compensação de energia elétrica. 2. ed. Brasília: ANEEL, 2016. Disponível: <https://www.aneel.gov.br/documents/656877/14913578/Caderno+tematico+Micro+e+Minigera%C3%A7%C3%A3o+Distribuida+++edicao/716e8bb2-83b8-48e9-b4c8-a66d7f655161>. Acesso em: 29/10/2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (BRASIL). Projeto Estratégico de P&D “Programa Brasileiro de REDES INTELIGENTES – Chamada ANEEL nº 011/2010. Disponível em: <http://redesinteligentesbrasil.org.br/o-projeto.html>. Acesso em: 05/11/2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (BRASIL). **Resolução normativa nº 414**, de 09 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2010414.pdf>. Acesso em: 09/11/2019.

AITZHAN, Nurzhan Zhumabekuly; SVETINOVIC, Davor. Security and privacy in decentralized energy trading through multi-signatures, blockchain and anonymous messaging streams. **IEEE Transactions on Dependable and Secure Computing**, v. 15, n. 5, p. 840-852, 2016. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/abstract/document/7589035/>. Acesso em: 11/11/2019.

ALI, Jawad; ALI, Toqeer; MUSA, Shahrulniza; ZHRANI, Ali. Towards secure IoT communication with smart contracts in a blockchain infrastructure. (**IJACSA**) **International Journal of Advanced Computer Science and Applications**, v. 9, n. 10, p. 584-591, 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Jawad_Ali27/publication/328686723_Towards_Secure_IoT_Communication_with_Smart_Contracts_in_a_Blockchain_Infrastructure/links/5bdbee0e4585150b2b983c81/Towards-Secure-IoT-Communication-with-Smart-Contracts-in-a-Blockchain-Infrastructure.pdf. Acesso em: 11/11/2019.

ANDONI, Merlinda; ROBU, Valentin; FLYNN, Davi; ABRAM, Simone; GEACH, Dale; JENKINS, David; McCALLUM, Peter; PEACOCK, Andrew. Blockchain technology in the energy sector: A systematic review of challenges and opportunities. **Renewable and Sustainable Energy Reviews**, v. 100, p. 143-174, 2019. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1364032118307184>. Acesso em 10/10/2019.

BANDEIRA, Fausto de Paula Menezes. **Redes de energia elétrica inteligentes (smart grids)**. Nota técnica. em: CÂMARA DOS DEPUTADOS (BRASIL). Consultoria legislativa. Disponível em: <http://www.provedor.nuca.ie.ufrj.br/eletrobras/estudos/bandeira2.pdf>. Acesso em: 05/11/2019.

BERMANN, Célio. **Energia no Brasil, Para que? Para quem?: crise e alternativa para um país sustentável**. 2. ed. São Paulo: Editora Livraria da Física, 2002.

BRASIL. **Constituição Federal da República do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28/10/2019.

BRASIL. **Decreto nº 7.510**, de 8 de julho de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7520.htm. Acesso em: 09/11/2019.

BRASIL. **Decreto nº 7.583**, de 13 de outubro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7583.HTM. Acesso em: 09/11/2019.

BRASIL. **Lei 10.438, de 26 de abril de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10438compilada.htm. Acesso em: 10/11/2019.

BRASIL. **Lei nº 12.212, de 20 de janeiro de 2010**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12212.HTM. Acesso em 10/11/2019.

BRASIL. **Lei nº 13.280, de maio de 2016**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13280.htm. Acesso em: 06/11/2019.

BRASIL. **Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm. Acesso em: 10/11/2019.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm. Acesso em: 28/10/2019.

BRASIL. **Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427compilada.htm. Acesso em: 28/10/2019.

BRASIL. **Lei nº 9.991, de 24 de julho de 2000**. Acesso em; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9991.htm. Acesso em: 06/11/2019.

CALASANS JUNIOR, José. **Direito de energia elétrica: estudos e pareceres**. 1. ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2013.

CARRION, Patricia; QUARESMA, Manuela. Internet da Coisas (IoT): Definições e aplicabilidade aos usuários finais. **Human Factors in Design**, v. 8, n. 15, p. 049-066, 2019. Disponível em: <http://www.revistas.udesc.br/index.php/hfd/article/view/2316796308152019049>. Acesso em 23/10/2019.

CHRISTIDIS, Konstantinos; DEVETSIKIOTIS, Michael. Blockchains and smart contracts for the internet of things. **IEEE Access**, v. 4, p. 2292-2303, 2016. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=7467408>. Acesso em: 12/11/2019.

CLASTRES, Cédric. Smart grids: Another step towards competition, energy security and climate change objectives. **Energy policy**, v. 39, n. 9, p. 5399-5408, 2011. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S030142151100396X>. Acesso em: 10/11/2019.

CONG, Lin William; HE, Zhiguo. Blockchain disruption and smart contracts. **The Review of Financial Studies**, v. 32, n. 5, p. 1754-1797, 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3350106_code1807042.pdf?abstractid=2985764&mirid=1. Acesso em 10/10/2019.

CONG, Lin William; LI, Ye; WANG, Neng. Tokenomics: Dynamic adoption and valuation. Becker Friedman Institute for Research in Economics. **Working Paper**, n. 2018-49, p. 18-62, 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3222802. Acesso em 10/10/2019.

COSTA, Maria D'Assunção. **O Direito de Acesso à energia: meio e pré-condição para o exercício do direito ao desenvolvimento e dos direitos humanos**, 2009, 220p., Tese de Doutorado, Programa de Pós-Graduação em Energia da Universidade de São Paulo. São Paulo, Brasil.

Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/86/86131/tde-11082011-112846/publico/MariaDAssuncao.pdf>. Acesso em: 10/11/2019.

DIESTELMEIER, Lea. Changing power: Shifting the role of electricity consumers with blockchain technology–Policy implications for EU electricity law. **Energy policy**, v. 128, p. 189-196, 2019. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0301421518308711>. Acesso em: 10/10/2019.

DI SANTO, Katia Gregio; DI SANTO, Silvio Giuseppe; MONARO, Renato Machado; SAIDEL, Marco Antonio. Active demand side management for households in smart grids using optimization and artificial intelligence. **Measurement**, v. 115, p. 152-161, 2018. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0263224117306346>. Acesso em: 11/11/2019.

FALEIROS JÚNIOR, J. L.; ROTH, G. Como a utilização do blockchain pode afetar institutos jurídicos tradicionais?. **Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, v. 14, n. 30, p. 39-59, 31 maio 2019. Disponível em: <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/82>. Acesso em 10/10/2019.

FELIU REY, Jorge. Smart Contract: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado. **REDES - Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, v. 7, n. 3, *ahead of print*, 2019. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/6120>. Acesso em: 10/10/2019.

FREITAS, Gilmar Fialho de; OLIVEIRA, Marcelo Leles Romarco de. Uma análise do programa luz para todos do Governo Federal. **Revista de Extensão e Estudos Rurais**, v. 6, n. 2, p. 143-155, 2017.

GABRICH, Yuri B.; COELHO, Igor M.; COELHO, Vitor N. Tendências para sistemas microgrids em cidades inteligentes: Uma visão sobre a blockchain. Em: **XLIX Simpósio Brasileiro de Pesquisa Operacional**, Blumenau, p. 1-12, 2017. Disponível em: <http://www.sbp02017.iltc.br/pdf/169695.pdf>. Acesso em 10/10/2019.

GORANOVIĆ, Andrija; MEISEL, Marcus; FOTIADIS, Lampros; WILKER, Stefan; TREYTL, Albert; SAUTER, Thilo. Blockchain applications in microgrids an overview of current projects and concepts. In: **IECON 2017-43rd Annual Conference of the IEEE Industrial Electronics Society**. IEEE, 2017. p. 6153-6158. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/abstract/document/8217069/>. Acesso em: 09/11/2019.

GREVE, Fabíola; SAMPAIO, Leobino; ABIJAUDE, Jauberth; COUTINHO, Antonio; VALCY, Ítalo; QUEIROZ, Sílvio. Blockchain e a Revolução do Consenso sob Demanda. **Livro de Minicursos do SBRC**, v. 1, p. 1-52, 2018. Disponível em: <http://www.sbrc2018.ufscar.br/wp-content/uploads/2018/04/Capitulo5.pdf>. Acesso em 10/10/2019.

GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. A crise da energia elétrica e o seu custo. **Revista USP**, n. 104, p. 83-90, 2015. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/revusp/article/view/106755/105394>. Acesso em: 10/11/2019.

HWANG, Junyeon; CHOI, Myeong-in; LEE, Tacklim; JEON, Seonki; KIM, Seunghwan; PARK, Sounghoan; PARK, Sehyun. Energy prosumer business model using blockchain system to ensure transparency and safety. **Energy Procedia**, v. 141, p. 194-198, 2017. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1876610217354437>. Acesso em: 11/11/2019.

KAKRAN, Sandeep; CHANANA, Saurabh. Smart operations of smart grids integrated with distributed generation: A review. **Renewable and Sustainable Energy Reviews**, v. 81, p. 524-535, 2018. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1364032117311188>. Acesso em 23/10/2019.

KRANZ, Johann J.; PICOT, Arnold. Toward an end-to-end smart grid: overcoming bottlenecks to facilitate competition and innovation in smart grids. **Communications of the National Regulatory Research Institute**, v. 138, 2011. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Johann_Kranz/publication/267397658_Toward_an_End-to-End_Smart_Grid_Overcoming_Bottlenecks_to_Facilitate_Competition_and_Innovation_in_Smart_Grids/links/547329810cf216f8cfaea37f/Toward-an-End-to-End-Smart-Grid-Overcoming-Bottlenecks-to-Facilitate-Competition-and-Innovation-in-Smart-Grids.pdf. Acesso em: 11/11/2019.

LAMIN, Hugo. **Análise de Impacto Regulatório da Implantação de redes inteligentes no Brasil**. Tese de Doutorado em Engenharia Elétrica, 300p., Departamento de Engenharia Elétrica, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2013. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13962/1/2013_HugoLamin.pdf. Acesso em: 11/11/2019.

MACHADO, Fernando Moreno. Destatização e privatização no Brasil. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 2, n. 1, p. 99-119, 2015. Disponível em: http://www.periodicos.usp.br/rdda/article/view/85646/pdf_7. Acesso em: 08/11/2019.

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

MARZBAND, Mousa; AZARINEJADIAN, Fatemeh; SAVGHEBI, Mehdi; POURESMAEIL, Edris; GUERRERO, Josep M.; LIGHTBODY, Gordon. Smart transactive energy framework in grid-connected multiple home microgrids under independent and coalition operations. **Renewable energy**, v. 126, p. 95-106, 2018. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0960148118303264>. Acesso em 23/10/2019.

MENGELKAMP, Esther; GARTTNER, Johannes; ROCK, Kerstin; ORSINI, Lawrence; WEINDHARDT, Christof. Designing microgrid energy markets: A case study: The Brooklyn Microgrid. **Applied Energy**, v. 210, p. 870-880, 2018. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S030626191730805X>. Acesso em: 11/11/2019.

MILAGRE, José Antonio. O uso da infraestrutura Blockchain na realização de negócios jurídicos. In: **The Tenth International Conference on Forensic Computer Science and Cyber Law**. São Paulo, Brasil, October, 2018. Disponível em: <http://icofcs.org/2018/ICoFCS-2018-009.pdf>. Acesso em: 12/11/2019.

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA (BRASIL). **Relatório GT Smart Grid - Portaria 440-2010**. Disponível em: http://www.mme.gov.br/documents/10584/1256641/Relatxrio_GT_Smart_Grid_Portaria_440-2010.pdf/3661c46c-5f86-4274-b8d7-72d72e7e1157?. Acesso em: 08/11/2019.

MINOLI, Daniel; OCCHIOGROSSO, Benedict. Blockchain mechanisms for IoT security. *Internet of Things*, v. 1, p. 1-13, 2018. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2542660518300167>. Acesso em: 11/11/2019.

MYLREA, Michael; GOURISETTI, Sri Nikhil Gupta. Blockchain for smart grid resilience: Exchanging distributed energy at speed, scale and security. In: **2017 Resilience Week (RWS)**. IEEE, 2017. p. 18-23. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/abstract/document/8088642/>. Acesso em: 11/11/2019.

OCHOA, Iago S.; SILVA, Bruno A. Da; LEITHARDT, Valderi RQ. Proposta de Arquitetura para o Uso de Blockchain em Redes Smart Grid. In: **Anais da XIX Escola Regional de Alto Desempenho da Região Sul**. SBC, 2019. Disponível em: <https://sol.sbc.org.br/index.php/eradrs/article/view/7083/6972>. Acesso em: 10/10/2019.

PAZZINI, Luiz Henrique Alves; RIBEIRO, Fernando Selles; KURAHASSI, Luiz Fernando; GALVÃO, Luiz Cláudio Ribeiro; PELEGRINI, Marcelo Aparecido; AFFONSO, Octávio Ferreira. Luz para todos no campo: a universalização do atendimento de energia elétrica na zona rural brasileira.. In: **ENCONTRO DE ENERGIA NO MEIO RURAL**, 4., 2002, Campinas. Proceedings do 4º Encontro de Energia no Meio Rural. Disponível em: http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC000000022002000200019&lng=en&nrm=abn. Acesso em: 10/11/2019.

PEREIRA, Guillermo Ivan et al. Technology, business model, and market design adaptation toward smart electricity distribution: Insights for policy making. **Energy policy**, v. 121, p. 426-440, 2018. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0301421518304087>. Acesso em: 11/11/2019.

PINSON, Pierre; BAROCHE, Thomas; MORET, Fabio; SOUSA, Tiago; SORIN, Etienne; YOU, Shi. The emergence of consumer-centric electricity markets. **Distribution & Utilization**, v. 34, n. 12, p. 27-31, 2017. Disponível em: <http://pierrepinson.com/docs/pinsonetal17consumercentric.pdf>. Acesso em: 17/10/2019.

SANCHEZ, Renato de Brito; COSTA, Diego Augusto Miquelin; FERNANDES, João Carlos Lopes. A internet das coisas conectando casas as pessoas. **Revista Eniac Pesquisa**, v. 8, n. 1, p. 41-58, 2019. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6786936>. Acesso em 23/10/2019.

SCHAEFFER, Roberto; COHEN, Claude; ALMEIDA, Mauro Araújo; ACHÃO, Carla Costa; CIMA, Fernando Monteiro. **Energia e pobreza: problemas de desenvolvimento energético e grupos sociais marginais em áreas rurais e urbanas do Brasil**. Santiago: CEPAL; ONU, 2003. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6421/S038528_pt.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10/11/2019.

SCHECHTMAN, David. **Introdução a Implementação de Smart Contracts** (Introduction to Implementing Smart Contracts). Available at: SSRN 3412187, 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3412187. Acesso em: 11/11/2019.

SIANO, Pierluigi; DE MARCO, Giuseppe; ROLÁN, Alejandro; LOIA, Vincenzo. A Survey and Evaluation of the Potentials of Distributed Ledger Technology for Peer-to-Peer Transactive Energy Exchanges in Local Energy Markets. **IEEE Systems Journal**, 2019. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/abstract/document/8671697>. Acesso em: 09/11/2019.

SOBRINHO, Ranulfo Paiva et al. Tecnologia Blockchain: inovação em Pagamentos por Serviços Ambientais. **Estudos Avançados**, v. 33, n. 95, p. 151-175, 2019. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/eav/article/view/159481>. Acesso em: 11/11/2019.

WANG, Xiaonan, YANG, Wentao; NOOR, Sana; CHEN, Chang; GUO, Miao; van DAM, Koen H.. Blockchain-based smart contract for energy demand management. **Energy Procedia**, v. 158, p. 2719-2724, 2019. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1876610219311063>. Acesso em: 12/11/2019.

YANG, Fan; SHI, Yue; WU, Qingqing; LI, Fei; ZHOU, Wei; HU, Zhiyan; XIONG, Naixue; ZHANG, Yong. The Survey on Intellectual Property Based on Blockchain Technology. In: **2019 IEEE International Conference on Industrial Cyber Physical Systems (ICPS)**. IEEE, p. 743-748, 2019. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/document/8780125>. Acesso em: 10/10/2019.

ZAFAR, Rehman; MAHMOOD, Anzar; RAZZAQ, Sohail; ALI, Wamiq; NAEEM, Usman; SHEHZAD, Khurram. Prosumer based energy management and sharing in smart grid. **Renewable and Sustainable Energy Reviews**, v. 82, p. 1675-1684, 2018. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1364032117310894>. Acesso em: 08/11/2019.

ZHANG, Yu; WEN, Jiangtao. The IoT electric business model: Using blockchain technology for the internet of things. **Peer-to-Peer Networking and Applications**, v. 10, n. 4, p. 983-994, 2017. Disponível em: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs12083-016-0456-1.pdf>. Acesso em: 12/11/2019.

ZHOU, Yue; WU, Jianzhong; LONG, Chao. Evaluation of peer-to-peer energy sharing mechanisms based on a multiagent simulation framework. **Applied energy**, v. 222, p. 993-1022, 2018. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0306261918302149>. Acesso em: 10/10/2019.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

SEGURANÇA HUMANA ECONÔMICA: BREVE ANÁLISE
DA SOCIEDADE FRENTE AOS IMPACTOS ECONÔMICOS,
AMBIENTAIS E SOCIAIS DO CONSUMISMO DE MASSA

MARKUS SAMUEL LEITE NORAT
BRENO PEREIRA MARQUES DE MELO
ANDRÉ RICARDO FONSECA DA SILVA

SEGURANÇA HUMANA ECONÔMICA: BREVE ANÁLISE DA SOCIEDADE FRENTE AOS IMPACTOS ECONÔMICOS, AMBIENTAIS E SOCIAIS DO CONSUMISMO DE MASSA

ECONOMIC HUMAN SECURITY: BRIEF ANALYSIS OF SOCIETY IN LIGHT OF THE ECONOMIC, ENVIRONMENTAL AND SOCIAL IMPACTS OF MASS CONSUMERISM

Recebido: 20/05/2021

Aprovado: 22/05/2021

Markus Samuel Leite Norat¹

Breno Pereira Marques de Melo²

André Ricardo Fonseca da Silva³

RESUMO:

Desde a revolução industrial que o consumismo é pauta de acirrados debates, principalmente no que diz respeito aos meios empregados pelos grandes agentes da iniciativa privada para incutir na mente da sociedade o consumo como estilo de vida. A proposta deste artigo é de forma objetiva e despretensiosa, analisar a perspectiva da sociedade face aos impactos econômicos, ambientais e sociais promovidas pela indústria do consumismo de massa. Propõe-se um incentivo ao debate buscando trazer à baila o conceito de segurança humana econômica para a sociedade consumidora, com esforços a níveis globais na revisão dos atuais padrões de consumo. A pandemia da Covid-19 revelou a vulnerabilidade do ser-humano, acomodado em uma vã autossuficiência tecnológica, a medida em que o debate sobre o descarte de lixo e a escassez de recursos naturais para satisfação do consumo humano urge.

Palavras-chave: Segurança humana. Indústria do consumo. Consumismo. Meio ambiente. Direito do consumidor. Economia. Sociedade

¹ Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA; Mestrando em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo UNIPÊ; Pós-Graduação em Direito do Consumidor; Pós-Graduação em Direito da Criança, Juventude e Idosos; Pós-Graduação em Direito Educacional; Pós-Graduação em Direito Eletrônico; Pós-Graduação em Direito Civil, Processo Civil e Direito do Consumidor pela UNIASSELVI - Centro Universitário Leonardo da Vinci - ICPG - Instituto Catarinense de Pós Graduação; Pós-Graduação em Direito de Família; Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela ESA-PB - Escola Superior da Advocacia da Paraíba - Faculdade Maurício de Nassau; Pós-Graduação em Direito Ambiental pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ; Pós-Graduação em Tutoria em Educação à Distância e Docência do Ensino Superior; Advogado; Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado da Paraíba; Coordenador Pedagógico e Professor do Departamento de Pós-Graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado da Paraíba; Professor convidado da Escola Nacional de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça; Professor do Curso de Graduação em Direito no Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ; Membro Coordenador Editorial de Livros Jurídicos da Editora Edijur (São Paulo); Membro Diretor Geral e Editorial da Revista Científica Jurídica Scientia et Ratio; Membro Diretor Geral e Editorial da Revista Brasileira de Direito do Consumidor; Membro Diretor Geral e Editorial da Revista Brasileira de Direito e Processo Civil; Membro Diretor Geral e Editorial da Revista Brasileira de Direito Imobiliário; Membro Diretor Geral e Editorial da Revista Brasileira de Direito Penal; Membro Diretor Geral e Editorial da Revista Científica Jurídica Cognition Juris, ISSN 2236-3009, www.cognitionjuris.com; Membro Coordenador Editorial da Revista Ciência Jurídica, ISSN 2318-1354; Membro do Conselho Editorial da Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, ISSN 2237-1168; Autor de livros e artigos jurídicos.

² Mestrando em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ. Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Especialista em Advocacia Empresarial e das Relações de Consumo pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ. Vice-presidente da Comissão de Direito Empresarial e dos Negócios da OAB/PB.

³ Doutor em Políticas Públicas e Formação Humana (UERJ); Mestre em Ciências Jurídicas (UFPB); Especialista em Direito Municipal (UNIPE); Graduado em Direito (UNIPE). É Coordenador do Curso de Teologia Presencial da Faculdade Internacional Cidade Viva-FICV; Professor Permanente do Mestrado em Direito da UNIPE; Professor Adjunto da Graduação da UNIPE. Atua como pesquisador sobre Bolsa Família; Pobreza; Quilombolas; Terra e Desenvolvimento; Teologia e Direitos Humanos.

ABSTRACT:

Since the industrial revolution, consumerism has been the subject of heated debates, especially with regard to the means employed by the great agents of the private sector to instill consumption as a lifestyle in society's mind. The purpose of this article is to objectively and unpretentiously analyze the perspective of society in view of the economic, environmental and social impacts promoted by the mass consumerism industry. An incentive to the debate is proposed seeking to bring up the concept of human economic security for the consumer society, with efforts at global levels in the review of current consumption patterns. The Covid-19 pandemic revealed the vulnerability of the human being, accommodated in vain technological self-sufficiency, as the debate on the disposal of garbage and the scarcity of natural resources to satisfy human consumption is urgent.

Keywords: Human security. Consumer industry. Consumerism. Environment. Consumer law. Economy. Society.

1 INTRODUÇÃO

A discussão a respeito da promoção da segurança humana dos interesses dos consumidores tem como pedra angular fundada na sociedade pós-industrial, a partir da luta dos movimentos sindicais que almejavam melhor qualidade de vida e de trabalho, frente as jornadas desumanas e degradantes das indústrias.

Neste interregno, surgiu em 1891 a *New York Consumer's League*, posteriormente denominada como *Consumer's Union*, um instituto de conscientização aos consumidores sobre os seus direitos. Neste período, os mesmos sindicatos inspirados no movimento *ludista*, na promoção de boicotes aos industriais da época, passaram a levantar a pauta do pensamento voltado ao desenvolvimento do movimento consumerista.

Com o desenvolvimento da indústria e, por conseguinte o aumento no padrão de consumo, eis que surge o Direito do Consumidor, para tutelar a sociedade que se deparava com um novo modelo industrial que se estabelecia, através de uma produção em larga escala, pautadas em bens de consumo, ou seja a indústria de massa. O consumidor passa a se distanciar cada vez mais do fornecedor, diante da nova cadeia de produção instaurada, diferentemente do contexto artesanal, onde o consumidor tinha um contato mais próximo dos artesãos, responsáveis pela produção de bens e serviços.

Com a expansão da industrialização, principalmente em decorrência de movimentos como o Fordismo e o Taylorismo, a cadeia de produção passou a dar passos largos, gerando uma despersonalização da negociação, ao passo em que concebeu indústrias titãs com crescente poder de manipulação perante os consumidores, que mais tarde receberiam a alcunha de hipossuficientes frente a esta relação. Por deterem o poderio da técnica e da informação, as indústrias tinham em suas mãos as armas necessárias para determinar e influenciar as relações de consumo estabelecidas, principalmente quando aliaram-se a ferramentas estratégicas de marketing e publicidade, criando um grande abismo de vulnerabilidade do consumidor face aos ditames do mercado.

O século XX é marcado pela instauração da sociedade de consumo, principalmente na metade do século XX, quando a febre do consumo disparou nos EUA, passando a ser compreendido como um padrão de vida a ser desenvolvido, eis que nos deparamos com o "*American way of life*", surgido no final da segunda guerra mundial, servindo de base referencial

para outros países, que enxergavam no modelo de vida norte-americano, um modelo de sucesso e felicidade a ser alcançado, através de uma sociedade que valorizava o ter ao invés do ser. Cada vez mais padronizada, a população precisava conquistar bens, pautando sua vida em um materialismo exacerbado, para serem tidos por bem sucedidos.

No início da década de 1960, com o objetivo de promover melhores resultados na economia, à época baseada plenamente no consumo, o então presidente dos EUA, John Fitzgerald Kennedy, reconheceu em 15 de março de 1962, a necessidade de medidas de proteção aos interesses dos consumidores, ao encaminhar uma mensagem para o Congresso.

Mais tarde, no ano de 1985, a ONU – Organização das Nações Unidas, através da Resolução 39-248, elaborou diretrizes internacionais de políticas globais de proteção aos direitos dos consumidores, principalmente em decorrência do forte desequilíbrio existente entre fornecedores e consumidores.

Partindo para a realidade brasileira, o desenvolvimento e expansão do Direito do Consumidor no Brasil concebeu-se através da Constituição Federal, em que pese dispositivos pretéritos que tratavam a respeito da matéria, a CRFB/1988 enquadrou esse ramo como um direito fundamental e como um princípio da ordem econômica. Poucos anos depois temos editada a lei nº. 8.078/1990, que institui e regulamentou o Código de Defesa do Consumidor, dando as providências necessárias para a tutela da população, principalmente com a criação de instâncias administrativas conhecidas por Procuradorias do Consumidor – PROCON, nos âmbitos dos Estados e Municípios.

Portanto, compreender a tutela do consumidor sob a óptica da segurança humana se faz necessário e urgente, principalmente em decorrência do alto grau de consumismo impregnado na sociedade e estimulado pelas grandes indústrias, acarretando em uma sociedade endividada e cada vez mais carente do sistema financeiro.

Por outro lado, urge a necessidade de se discutir a proteção do meio ambiente, cada vez mais degradado e esgotado, sendo incapaz de se regenerar frente aos abusos pautados em um consumismo desenfreado. O foco em âmbito global passa a ser voltado na sustentabilidade e na instauração de um novo padrão, pautado em um consumo consciente, caso haja o desejo das gerações atuais de preservar a terra para as gerações futuras.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS E EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE DE CONSUMO

O surgimento da sociedade de consumo não tem uma data específica; entretanto há como se afirmar que as suas origens estão entrelaçadas a um momento histórico em que as relações comerciais dominaram, se sobrepondo, às diversas formas de relações sociais.

De acordo com Grant McCracken, a fase embrionária do que hoje nós conhecemos como sendo a “sociedade de consumo” remete à Inglaterra, entre o final do século XVI e o início do XVII:

Nos últimos vinte e cinco anos do século XVI, ocorreu um espetacular boom de consumo. Os homens nobres da Inglaterra elizabetana começaram a gastar com um novo entusiasmo e em uma nova escala. Neste processo, eles transformaram dramaticamente seu mundo de bens e a natureza do consumo ocidental. Reconstruíram seus sítios no campo de acordo com um novo modelo grandioso e começaram a assumir a despesa adicional de manter uma residência em Londres. Do mesmo modo, mudaram também seus padrões de hospitalidade, inflando amplamente seu caráter cerimonial e os custos aí implicados. Os nobres elizabetanos entretiam-se [sic] uns aos outros, bem como a seus subordinados e ocasionalmente a sua monarca, às expensas de um gasto arruinador. (McCRACKEN, 2003, p. 30)

Já Neil McKendrick, afirma que os primórdios da sociedade de consumo, aos moldes de como conhecemos hoje, surgiu em período posterior ao que afirma McCracken; tendo sido na mesma época da Revolução Industrial, no século XVIII:

A revolução do consumo ocorreu na Inglaterra no século XVIII ao lado da revolução industrial. A revolução do consumo foi, do lado da demanda, o análogo à revolução industrial, do lado da oferta. Todas as classes participaram de tal revolução, caracterizada por nova prosperidade, e nova produção e técnicas de comercialização. A revolução do consumo marca um ponto de virada na história da experiência humana. (McKENDRICK, 1997, p. 137. Apud LEMOS [et. al.], 2013, p. 19)

Independentemente do momento em que ocorreu o desenvolvimento, o fato é que, em determinado período da história, a sociedade refletiu o pensamento surgido com a revolução industrial, culminando assim, em uma verdadeira revolução do consumo, em que a sociedade praticamente muda a sua visão de valores, solidificando a ideia de que consumir de bens e serviços, ou, até mesmo, exibir o consumo de bens e serviços se tratava, pois, em marco divisor social; ou seja, estamos tratando aqui da surgimento e concretização do pensamento em “ser aquilo que se usa, que se veste, que se consome”, pois o ser humano vivente em sociedade estaria, por conseguinte, demonstrando o seu valor a partir da sua capacidade de consumir produtos que fossem desejáveis pelos demais.

A sociedade de consumo de massa, de tal maneira, incorporou -muito bem- a ideia de ascensão social por meio do consumo de produtos da moda, daquilo que se aparenta ser. O desejo era incutido nas cabeças das pessoas, através das publicidades que visavam difundir, cada vez mais, a ideia de transformar o processo de compra de bens em rituais e em satisfação pessoal.

A moda passou a ser um elemento muito poderoso para a perpetuação do desejo, da vontade em estar sempre consumindo, e cada vez mais. Ora, como seria possível convencer uma pessoa a adquirir o mesmo produto que ela já possa ter em casa, funcionando em perfeitas condições? Seria necessário atrelar fatores psicológicos ao efeito de consumir por status.

Fatores emocionais foram incluídos no marketing dos produtos para que os consumidores absorvessem desejos, pretensões e necessidades artificiais, em um processo que os tornem ao mesmo tempo consumidores por impulso, que descartam os produtos adquiridos em prol de outros iguais mais novos e, por mais irônico que possa parecer, na própria coisa, no próprio produto; como bem podemos observar nas lições de Bauman (2008, p. 50), quando trata de explicar o “agorismo” da sociedade de consumo, sobretudo a atual, em que o grande afã para o ato de consumir, que, antes, consistia fortemente em se adquirir e acumular tais bens não mais se traduzem no intento final, pois por múltiplas situações, dentre elas a moda, não se sabe mais quanto tempo tal bem atenderá àquela necessidade de satisfação.

Bauman afirma que o impulso dos consumidores se torna imperativo em virtude da necessidade de estar sempre renovando o produto, ou seja: descartar e substituir. Tal ideário parece absoluta loucura e inconcebível por qualquer pessoa, até que lembremos como a sociedade atual reage a cada lançamento de um novo modelo da marca de celular que possui o maior valor agregado.

Ainda mergulhando nas ideias de Bauman, podemos afirmar que o objetivo categórico do ato de consumir, na sociedade de consumidores não é obter o contentamento de necessidades, desejos e vontades, “mas a comodificação ou recomodificação do consumidor: elevar a condição dos consumidores à de mercadorias vendáveis” (2008, p. 76).

Interessante se faz ressaltarmos que o desenvolvimento que está acontecendo no século XXI continua apontando na mesma direção de tudo que analisamos sobre o surgimento da sociedade de consumo. Ou seja, tudo na sociedade atual gira em torno do ato de consumir,

e não conseguimos vislumbrar perspectivas imediatas de superação desse modelo que, em verdade, já está em plena crise, afinal, como bem alertou Gro Harlem Brundtland, na reunião da Comissão para o Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas de 1994: “Se 7 bilhões de pessoas fossem consumir tanta energia e recursos como nós do ocidente fazemos hoje, necessitaríamos de 10 mundos e não apenas de um para satisfazer todas as nossas necessidades”⁴.

Esse estilo de vida programado resultou em uma fatura alta, que invariavelmente, necessitará ser paga pelas gerações seguintes, e nos dias atuais a nossa sociedade já sofre com as consequências da adoção desse modelo de consumo demasiadamente excessivo, da extrema degradação ambiental causada pela retirada dos dos insumos que servem matéria prima para a produção dos bens de consumo e, ainda, da intensa deterioração social.

Em que pese os governos, a mídia e a sociedade como um todo, por vezes, apontarem onde está o problema, pouquíssimas são as pessoas que efetivamente têm coragem de tomar alguma atitude em prol da manutenção e desenvolvimento da natureza, pois, ainda, por mais contrassenso que isso possa parecer, o ser humano que está inserido na sociedade pós-moderna não se enxerga como uma parte integrante da cadeia da natureza; é estranho, mas claramente podemos verificar em discursos e, sobretudo, em atitudes de alguns governantes, que o homem se inclui como um ser superior, que considera o assunto da proteção à natureza como uma atitude a ser realizada -se for- apenas para cuidar da manutenção dos insumos, dos -demais- animais e da vegetação, como se a sua sobrevivência não estivesse, também, atrelada à manutenção dos mares, das florestas, da fauna...

3 SEGURANÇA HUMANA ECONÔMICA E SUSTENTABILIDADE NO CONTEXTO DA ATUAL SOCIEDADE DE CONSUMO

O aumento com as preocupações decorrente das consequências naturais trazidas pelo consumo desenfreado está motivando um sentimento diferenciado nos consumidores, que, a partir do início do século XXI, passaram a valorizar os produtos e serviços oriundos de empresas que apresentam posturas éticas e responsáveis diante da questão socioambiental.

Percebendo as movimentações do mercado consumidor para essa nova “onda de consumo verde e sustentável”, muitas das empresas de grande abrangência perceberam nesses anseios dos consumidores um verdadeiro filão de negócio, o que fez com que elas modificassem as suas visões estratégicas, instituindo ações que muitas vezes nem estavam na legislação, com a intenção de exteriorizar ao público a imagem de que a empresa é compromissada com a satisfação, bem-estar e qualidade de vida dos seus clientes, funcionários, sociedade em geral e, claro, sobretudo com a preservação das florestas e mares.

Muito se questionou, inicialmente, se tais ações de preocupação com a imagem da empresa, constituídas em ações voluntárias de comprometimento sustentável acarretaria em possíveis impactos negativos nos custos empresariais; entretanto não demorou muito para que os empresários percebessem que essas ações geravam, em verdade, um aumento na receita, pois o marketing sustentável direto e indireto atraía novos olhares -e assim, novos consumidores- para a empresa.

No fim das contas é que o consumismo, que foi planejado e estudado para que a sua essência fosse artificialmente implantada na cabeça das pessoas após o término da segunda guerra mundial, continuasse crescendo de maneira desenfreada, sendo que agora camuflado por uma finíssima cortina de sustentabilidade totalmente artificial, o que permite que a “sociedade de consumo” continue consumindo predatoriamente, sendo que, agora, sem culpa

⁴ Inseto nos anais da reunião da Comissão para o Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas de 1994.

com a degradação, já que o marketing verde transmite ao consumidor a ideia do “eu não faço, mas a empresa faz por mim”; assim sendo a essência do estudo norte-americano continua em pleno funcionamento: que é transformar a compra de produtos em um estilo de vida, e as pessoas continuam buscando a satisfação do seu ego.

O fato de que apesar de as catástrofes sociais e ambientais estarem visíveis a qualquer pessoa, torna a busca por uma solução ainda mais complicada. O ciclo de desenvolvimento do consumo pelo consumo se repete e pior, se amplia: as pessoas continuam se deixando seduzir pelas publicidades que, se antes eram feitas de maneira massificadas, de maneira igual e difundidas ao mesmo tempo para todos os tipos de públicos, através de veiculação por meio de jornais impressos, panfletos, *outdoors* (painéis publicitários expostos ao ar livre), além de emissoras de rádio e de televisão, agora são feitas sob demanda, com uma mensagem específica para cada nicho de pessoas com anseios e interesses que os tornem potenciais consumidores.

Diante da nova geração cada vez mais atendida em redes sociais, todos os detalhes são devidamente calculados pelo algoritmo dos aplicativos, para fazer com que nós sejamos movidos pelo julgamento dos círculos sociais que vivemos, e assim as pessoas são atiradas numa cultura de valores invertidos em que o acessório se sobrepõe ao dono e, para ter algum reconhecimento no grupo, ele se deixa coisificar na esperança de, por equiparação ao produto, ter relevância.

Vale frisar que em tais situações de veiculação de publicidades através dos meios virtuais, somos, nós os consumidores, verdadeiramente, enquadrados na posição de produto do meio, pois somos utilizados como um elemento parte do processo de negociação, quando as empresas de tecnologia oferecem aos anunciantes pacotes com quantidades determinadas de pessoas com potencialidades de contratação de planos de saúde, de produtos naturais, de roupas, eletrônicos, automóveis, utensílios para a casa ou de qualquer outro tipo de produto ou serviço, tudo isso, atrelado ao constante bombardeio de informações e publicidades veladas que a mídia entrega às pessoas.

A mídia passa a assumir o papel de forte formadora de opinião, que reflete no estilo de vida das pessoas de maneira imediata. Se o produto é a forma de expressão do status e do próprio indivíduo, esse produto vai ser buscado cada vez mais. O homem vive a necessidade de se posicionar em relação ao mundo desde que registra a própria escrita, alguns filósofos traduzem isso como a busca pela felicidade, e, tal situação se traduz em uma sede insaciável e interminável. Logo, o consumo se torna uma espécie de droga muito irresistível e, na medida que massageia o ego e traz um sentimento de prazer extremamente curto, se torna absolutamente viciante.

Os padrões ditados pela moda, em todos os seus segmentos, não apenas na indústria de vestuário, mas também no turismo, nos locais de estudo, lazer e alimentação etc.), é absolutamente vital na manutenção do sistema... Ou seja, estamos diante, enfim, da teoria de que a camada mais abastada da sociedade determina o que será seguido pelas camadas sociais menos favorecidas, que tentam a todo custo equiparar-se aos mais ricos, que, por sua vez, procuram fazer de um tudo para se distanciar daquilo que se tornou popular e acessível às classes mais pobres.

Eis que nos deparamos com a real face do processo de manutenção do consumismo: o consumo exacerbado e adoecido, que compromete, além da saúde mental das pessoas inculcadas no sistema, a saúde do meio ambiente através do esgotamento dos recursos naturais. Toda essa situação é, comumente esquecida pela sociedade, pois são problemas que estão embalados em “papéis de presente pintados de verde”, se utilizando de uma falsa ilusão de responsabilidade empresarial socioambiental, como se a intensificação da poluição pela massificação da indústria não degradasse o planeta suficientemente para o colapso iminente.

Ribeiro (2018, p. 189) enfatiza que a doutrina consumerista convencional, quando considera a compra de produtos e de serviços como um mero acontecimento linear separado do conjuntura socioambiental que o envolve, limitou-se a implementar a teoria jurídica da tutela dos direitos dos consumidores em detrimento da atuação dos fornecedores, o que, por sua vez, produziu um entendimento reducionista e sectário, fundamentado em um entendimento ultrapassado, que não leva em conta as gravíssimas externalidades negativas do consumo e colabora com o agravamento, em patamares insustentáveis, dos efeitos ambientais por ele causados.

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro, sabemos, realmente trata e enfatiza muito sobre a fragilidade do consumidor, no que se refere a sua vulnerabilidade, entretanto, efetivamente, a lei não mergulhou profundamente no problema do consumo exacerbado, do consumismo, e sobretudo no que se refere aos seus impactos. É bem verdade que tudo, realmente, está na lei, mas está em entrelinhas, e, mesmo assim, se apresenta de maneira superficial.

Na seara jurídica, essa visão antropocêntrica inspirou o direito liberal moderno, importante ferramenta para a consolidação do projeto de instrumentalização da natureza pelo mercado. Ao franquear ampla liberdade de iniciativa aos indivíduos e caráter absoluto à propriedade privada, o direito burguês garantiu a destruição do ambiente para viabilização do crescimento exponencial da atividade econômica. (RIBEIRO, 2018, p. 78)

A importância do direito à propriedade privada, nivelada aos outros direitos fundamentais, como por exemplo o direito à vida, fortalece o entendimento de que, quando em defesa da propriedade não existirem ressalvas, entretanto, incumbe observarmos que a utilização indiscriminada de matéria prima (insumos) prejudica o meio ambiente de maneira direta, e, por conseguinte, afeta sobremaneira a saúde e qualidade de vida da população, o que, portanto, acaba por ferir o direito, em aspectos também fundamentais.

Admitir as implicações dessa acepção nos remete a necessidade indispensável de renovação do Direito, como apontado por Ribeiro:

Ao modular a relação de consumo em perspectiva helicoidal transdisciplinar, contemplando simultaneamente os impactos ambientais da produção e do consumo e todos aqueles atingidos por tais efeitos, contextualizando o direito do consumidor no campo teórico em construção do direito civil constitucional humanizado, que busca confluir políticas públicas e tutela jurídico-privada para dar efetividade aos cânones constitucionais da dignidade humana e viabilidade das futuras gerações (RIBEIRO, 2018, p. 270).

Uma transformação dessa intensidade na hermenêutica jurídica significaria uma extraordinária evolução à garantia do futuro do meio ambiente e, por consequência da nossa qualidade de vida. O ordenamento jurídico precisa -deve- apresentar uma tutela maior e efetiva sobre o estímulo ao consumo exacerbado e às suas implicações, seguindo esse entendimento, o Ribeiro sugere:

O reconhecimento do consumo sustentável como um princípio jurídico-consumerista depende, necessariamente, de uma guinada mental e metodológica que rompa com o paradigma dominante que tradicionalmente guiou o Direito do Consumidor, mas que ainda continua arraigado no senso comum teórico dos juristas, limitando-o e o aprisionando em si e o privando da necessária interface transdisciplinar com a proteção ecológica (RIBEIRO, 2018, p. 240).

Consubstanciados no que apresentamos, é possível verificar que a falta de importância empregada ao fator ecológico não acontece por mera coincidência, mas sim em virtude de uma finalidade, que existe por convicções ideológicas.

Para grande parte dos economistas, o mundo ideal é aquele em que o mercado seja considerado a regra máxima, e no nosso mundo real, sabemos que “somente uma ideia chegou a ser tão universal quanto a ideia de Deus: o mercado. Este destrói o mundo para reconstruí-lo à sua imagem e semelhança, substituindo o *homo sapiens*, que existia por pensar, pelo *homo economicus*, que existe para consumir” (LEFF, 2010, p. 208-209 *Apud* RIBEIRO, 2018, p.128). E, em defesa desse modelo, o prejuízo ambiental se amplifica cada vez mais.

O jurista Alfredo Rangel Ribeiro faz, ainda, uma crítica direta ao modelo generalista, que foi estabelecido pelo “mito do desenvolvimento econômico”, quando a quase totalidade da doutrina econômica afirmava que o progresso das diversas economias mundiais, saindo do subdesenvolvimento e chegando ao completo desenvolvimento se daria através da adoção de uma economia baseada no consumo elevado.

Na teoria econômica é particularmente ilustrativo o caso do ‘mito do desenvolvimento econômico’, corolário do ‘mito do progresso’ que guiou ideologicamente os revolucionários franceses do século XVIII. Celso Furtado afirma que, nos meados do século XX, quase a totalidade da doutrina econômica partia dogmaticamente da ideia que o desenvolvimento econômico era universalizável, mediante difusão dos padrões mais elevados de consumo (FURTADO, 1974, p. 16). Pressupunham, assim, que o progresso das várias economias mundiais obedeceria a etapas lineares e sucessivas, partindo do estágio inicial do subdesenvolvimento até atingir, após paulatina evolução, a fase do pleno desenvolvimento (RIBEIRO, 2018, p. 127).

246

Ora, considerar a existência de uma equação perfeita que possa salvar o desenvolvimento econômico dos mais diversos países, com todas as suas peculiaridades e características únicas, unicamente com base na exaltação do consumo, seria um sonho para todos os governantes, mas não há como não ser meramente uma fábula.

Pautar toda a sua estrutura econômica na perspectiva de um alto consumo seria no mínimo irresponsável, quando inúmeras variantes, que não podem ser controladas pelo homem, podem -e vão!- interferir no processo, principalmente quando tratamos de uma fórmula extremamente limitada e que despreza uma variável tão indispensável quanto a própria hipótese em si, que é o ambiente onde ela será implantada. O exemplo mais próximo que temos dessa situação é o período que a humanidade vivenciou durante o período da pandemia do Covid-19.

Mesmo que sempre se procure restringir as ciências da natureza à padrões exatos, a natureza quase sempre é imprevisível e, por mais que se tente, incontrolável, pelo homem.

Então, conforme Ribeiro (2018, p. 240), para que possamos considerar o consumo sustentável como sendo um princípio jurídico-consumerista é necessário que haja uma brusca mudança de direção intelectual e metodológica que dissolva com o padrão norteador predominante que guiou o desenvolvimento do Direito do Consumidor, mas que ainda permaneça enraizado no julgamento comum teórico dos juristas, limitando-o e o retendo em si e o vedando da imprescindível conexão transdisciplinar junto a tutela ecológica.

Assim sendo, o desenvolvimento sustentável necessita ser difundido no direito consumerista, de maneira que seja possível a transformação emergencial e inadiável de que o nosso planeta necessita.

4 A INTERFERÊNCIA DA INDÚSTRIA DO CONSUMO NA SEGURANÇA HUMANA AMBIENTAL

Sem dúvidas ao longo do século XX ocorreram grandes avanços, incluindo de maneira geral, numa melhoria da qualidade de vida das pessoas, em que pese isso, o modo de produção foi fundamentado em um entendimento de total despreocupação e desequilíbrio da natureza. Uma certeza de que o próprio homem poderia controlar fenômenos naturais e dominar as nossas fontes naturais de vida, o que acabou conduzindo a humanidade para inevitáveis consequências catastróficas.

Nas últimas décadas, percebe-se que o nosso planeta está sob pleno desequilíbrio ecológico, o que se traduz em uma grande ameaça, de forma terminantemente insustentável. Tratando sobre o assunto, Cecilia Polacow Herzog (2013, p. 73) aponta que o liberalismo econômico é resultado de um entendimento linear, atento em certezas, que espera conseguir administrar a natureza e suas forças por meio da especialização do conhecimento. É uma compreensão de mundo direcionada no unitário, no sujeito, na propriedade privada e na máquina. Esse fundamento econômico liberal egocêntrico nos encaminhou à circunstância delicada e vulnerável que vivenciamos atualmente.

Neste inteire, constatamos que é um período de transformações regulares, e que está acontecendo em velocidade ascendente, em todos os círculos de conhecimento, e em particular, os progressos tecnológicos têm atingido padrões até então nunca alcançados, o que proporciona a possibilidade de utilizar o conhecimento já contraído, sem que haja detrimento no processo de desenvolvimento, na utilização de um modelo que externize que, de forma diferente do desenvolvimento da humanidade, que é linear, a natureza funciona de forma cíclica e possui recursos finitos, para que, assim seja possível chegar ao equilíbrio. Conforme Herzog:

Tem sido uma era masculina, em que se acredita no poder de controlar e dominar tudo e todos. Os instrumentos que mantêm esse domínio são vários: poder econômico concentrado na mão de poucos indivíduos e empresas transnacionais; individualismo exacerbado; competição desenfreada; controle econômico das mídias de massa; preconceitos e segmentações por classes econômicas e sociais, gênero, etnia, orientação sexual, etc.; conhecimento fragmentado; intervenções pontuais e desconectadas em praticamente todos os campos e em todas as escalas (HERZOG, 2013, p. 74).

No convívio social moderno, podemos verificar que o poder econômico e os instrumentos que conservam o comando e o domínio originaram o desequilíbrio do ecossistema, assim sendo existe uma grande preocupação e uma real necessidade de que haja uma efetiva mobilização de todos, com o intento de reverter essa circunstância, eis que a principal causa do colapso ambiental é conferida à própria sociedade.

Um dos temas mais delicados dos últimos 20 anos está particularmente ligado à ação empresarial: a questão da mudança dos padrões de produção e consumo. Deve-se reconhecer que alguns progressos foram feitos com relação aos padrões de produção, através, por exemplo, da eficiência energética, da diminuição da poluição local, da redução das emissões de certos setores e do melhor gerenciamento de recursos naturais. Entretanto, a questão dos padrões insustentáveis de consumo é quase um tabu (LAGO, 2012 *apud* ALMEIDA, 2012).

É cediço de que a indústria de capital atua de maneira absolutamente ativa na degradação do meio ambiente, e é justamente por esse motivo que tal indústria precisa ser ativa da mesma maneira no combate aos efeitos deletérios causados pela degradação por ela causada, ou ainda, que, no mínimo se tentasse diminuir tais impactos. Karl Marx, em *O Capital*

emitiu um pensamento que se enquadra perfeitamente nessa situação: “O que a burguesia capitalista produz, antes de tudo, à medida que a indústria moderna se desenvolve, são as suas próprias sepulturas”.

Ora, se torna necessário que enfatizemos, mais uma vez, o quanto nos parece irreal e absolutamente ilógico, o quanto o ser humano, vivente em uma sociedade -que se intitula moderna-, incorpora a ideia que ele é um ser vivente que está condicionado em um plano em paralelo à natureza terráquea, ou seja, parecem acreditar que a natureza do planeta Terra corresponde a um universo distinto da humanidade, e ignoram com todas as suas forças o fato de que o ser humano, e, por conseguinte, as indústrias e empresas, dependam da existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Entre a manutenção da estabilidade social e a necessidade de reduzir o impacto das atividades humanas sobre os recursos naturais, não existe saída simplista como a defendida por quem endeusa essa suposição. O dilema se impõe porque a pressão sobre os ecossistemas aumenta com a expansão da economia (VEIGA, 2012, p. 7 in ALMEIDA, 2012).

Em que pese se tratar de uma situação demasiadamente urgente, concordamos que o desenvolvimento sustentável não é um percurso fácil de ser vencido, pois, para que seja possível um efetivo desenvolvimento sustentável, é preciso que a ideia de crescimento econômico a qualquer custo, pelo menos em um primeiro momento, saia do foco central e seja colocada em segundo plano, o que se traduz em uma situação que, como todos puderam perceber durante o período em que a humanidade necessitava de recolhimento social, em virtude da pandemia do Covid-19, soa para muitos como fantasiosa, devastadora, utópica entre outras.

Andrade e Romeiro (2011) intitulam a teoria econômica que unifica nos seus estudos a variável da resposta ambiental ao comportamento humano como “economia ecológica”, conforme podemos verificar abaixo:

Afora os economistas ecológicos, as considerações sobre escala do sistema econômico e as consequências de um possível *overshooting* da capacidade de suporte do ecossistema terrestre têm sido solenemente desconsideradas por parte dos partidários do vigente paradigma expansionista (neoclássico) (REES, 2003 apud ANDRADE; ROMEIRO, 2011, p. 18).

Se faz importante ressaltarmos ainda que, mesmo que, aparentemente possa parecer que é recente a conscientização de que o desenvolvimento da sociedade não precisa necessariamente levar em conta um crescimento econômico constante e estável, tal compreensão já permeava a mente dos economistas-modelo há mais de trezentos anos; conforme relatos de Andrade e Romeiro:

A preocupação com os limites ambientais ao crescimento econômico pode ser encontrada já nos trabalhos dos chamados economistas clássicos, como Adam Smith, David Ricardo e John Stuart Mill. Em seus modelos de crescimento, construídos nos séculos XVIII e XIX, estes autores postulavam a necessidade de um ‘estado-estacionário’, na medida em que a finitude dos recursos naturais e a impossibilidade de crescimento ilimitado da produtividade apresentavam-se como um empecilho à continuidade da expansão do sistema econômico. Com a emergência da escola neoclássica, a ideia de um obstáculo absoluto ao crescimento imposto pelo ambiente é substituída pela crença no avanço tecnológico como elemento chave capaz de relativizar indefinidamente os limites ambientais ao crescimento econômico. A tradição neoclássica procurou legitimar cientificamente a convicção de que o sistema capitalista e os padrões de consumo dele decorrentes não seriam obstados pelo meio natural [...] (ANDRADE; ROMEIRO, 2011, p. 6-7).

Percebemos que, ao contrário daquilo que seria mais sensato, com base na razão e na lógica, a compreensão dos homens não foi evoluindo, desde os longínquos tempos já se detinha o conhecimento do mundo em um panorama helicoidal, e finitude dos recursos naturais foi desprezada de maneira proposital, em detrimento do interesse pela adoção de um sistema que contemplasse a expansão dos ganhos econômicos e financeiros.

É inacreditável, mas podemos verificar que o homem ao longo da história detinha a consciência da necessidade de escolha entre um meio ambiente ecologicamente favorável à vida no planeta e, do outro lado, os ganhos financeiros; e a escolha sempre foi a troca do equilíbrio ambiental pelo desastre iminente. Em resumo, o ser humano, há anos, possui o conhecimento, mas sempre optou pela catástrofe.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate a respeito da segurança humana econômica demonstra-se urgente e necessário sob a óptica da indústria do consumismo e suas consequências decorrentes dos impactos econômicos, ambientais e sociais. As sociedades precisam rever seus valores e reformularem padrões de consumo que em âmbito global demonstram-se insustentáveis.

A pandemia da Covid-19 escancarou diversos problemas estruturais, tirando debaixo do tapete, muitas questões relegadas pelos interesses de mercado, este com receio de sofrer uma recessão. Entretanto, foi preciso um fator natural, alheio à vontade humana, agir de forma cruel, para evidenciar que até os mercados não são autossuficientes nem detém previsibilidade para manter inalterável seus interesses.

Nesta equação, quem sofre é a parte fraca da relação, a saber da sociedade, que de forma individual se vê insegura frente a realidade brusca que se instaura. Diante disso, é preciso de forma cosmopolita, trazer a discussão da segurança humana em todos os aspectos, a nível global. Apesar dos esforços de entidades como a ONU – Organização das Nações Unidas, ao empenhar esforços a exemplo da Agenda 2030 e os 17 Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável, o tema segurança humana precisa cada vez mais disseminado e expandido.

Uma das facetas que a pandemia da Covid-19 evidenciou foi a de que territórios não podem sobreviver alheios ao que ocorrem fora de suas fronteiras. Em um mundo cada vez mais estreitado e conectado, a relação se mostra interdependente. Neste sentido no que diz respeito aos padrões de consumo atualmente vigentes e a indústria de uma forma geral, é preciso incentivo de esforços globais, como diretriz adequada a cada realidade de povo e nação, para que haja um equilíbrio que venha a garantir a vida na terra para as próximas gerações. Essa discussão se faz presente nos aspectos econômicos, sociais e ambientais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando. *Desenvolvimento sustentável 2012-2050: visão rumos e contradições*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ANDRADE, Daniel Caxieta; ROMEIRO, Ademar Ribeiro. *Degradação ambiental e teoria econômica: algumas reflexões sobre uma “Economia dos Ecossistemas”*. Economia, Brasília (DF), v. 12, n. 1, p. 3-26, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o Consumo – a transformação de pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BRASIL. *Constituição da república federativa do brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2006.

BUENO, Maria Lucia. et al. *Cultura e consumo: estilos de vida na contemporaneidade*. São Paulo: SENAC, 2008.

CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente*. São Paulo: Cultrix, 2012.

CANADIANS FOR A SUSTAINABLE SOCIETY. *Consumerism environment*. Disponível em <<https://sustainablesociety.com/social/consumerism#.Xm28sqhKhPZ>> Acesso em 20 de janeiro de 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

HERZOG, Cecilia Polacow. *Cidades para todos: reaprendendo a conviver com a natureza*. Rio de Janeiro: Mauad X Inverde, 2013.

LAGO, André Aranha Corrêa. *Desenvolvimento sustentável 2012-2050: visão rumos e contradições*. Apresentação. In: ALMEIDA, F. *Desenvolvimento sustentável 2012-2050: visão rumos e contradições*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MARCUSE, Herbert. *A Ideologia da sociedade industrial*. Trad. Giasone Rebuá. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 3. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARX, Karl. *O Capital*. Tradução e condensação de Gabriel Deville. Bauru, SP: EDIPRO, 2013.

McCRACKEN, Grant. *Cultura e Consumo: novas abordagens ao caráter simbólico e das atividades de consumo*. Rio de Janeiro: Mauad, 2003.

MÉO, Letícia Caroline. *Greenwashing e o direito do consumidor: como prevenir (ou reprimir) o marketing ambiental ilícito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NORAT, Markus Samuel Leite. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. João Pessoa: Editora Norat, 2020.

NORAT, Markus Samuel Leite; CÂMARA NETO, Hamilton Calazans. *Lavagem de dinheiro nas relações de consumo do mercado de arte*. João Pessoa: Editora Norat, 2019.

NORAT, Markus Samuel Leite. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. João Pessoa: MSLN Editor, 2018.

NORAT, Markus Samuel Leite. *Relações de consumo*. João Pessoa: Editora Norat, 2019.

NORAT, Markus Samuel Leite. Evolução histórica do direito do consumidor. *Cognitio Juris*, João Pessoa, Ano I, Número 2, agosto 2011. Disponível em <http://www.cognitiojuris.com/artigos/02/12.html>. Acesso em: 27 de janeiro de 2021

NORAT, Markus Samuel Leite. O conceito de consumidor no direito: uma comparação entre as teorias finalista, maximalista e mista. *Cognitio Juris*, João Pessoa, Ano II, Número 4, abril 2012. Disponível em <http://www.cognitiojuris.com/artigos/04/08.html>. Acesso em: 27 de janeiro de 2021

NORAT, Markus Samuel Leite; ALMEIDA, Ithanyê Heloísa Arcoverde. *Obsolescência programada e consumo sustentável*. João Pessoa: Markus Samuel Leite Norat, 2019.

RIBEIRO, Alfredo Rangel. *Direito do consumo sustentável*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento sustentável 2012-2050: visão rumos e contradições*. Prefácio. In: ALMEIDA, F. *Desenvolvimento sustentável 2012-2050: visão rumos e contradições*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

FROM CRIMINAL PRINCIPIOLOGY TO THE RIGHT TO
INTIMACY AS A CONSTITUTIONAL GUARANTEE

ROGÉRIO GRECO
ROMULO REMO PALITOT BRAGA

FROM CRIMINAL PRINCIPIOLOGY TO THE RIGHT TO INTIMACY AS A CONSTITUTIONAL GUARANTEE

DA PRINCIPIOLOGIA PENAL AO DIREITO À INTIMIDADE COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

Recebido: 28/05/2021
Aprovado: 13/07/2021

Rogério Greco¹
Romulo Remo Palitot Braga²

ABSTRACT:

The current text presents an initial reflection on the importance of the Penal Law and its principles, expressed or implicit in a positivistic perspective. They should be understood as informants of all the juridical order with the capacity to ascertain the validity under constitutional class rules, occupying, in this way, a hierarchically superior place. It will also be considered, the bond between Penal Law and the recognition of the principle of the dignity of the human person, especially regarding the right to intimacy. The technique used to the bibliography

Keywords: Criminal principality. Dignity of the human person. Right to intimacy.

RESUMO:

O presente texto apresenta uma reflexão inicial sobre a importância do Direito Penal e seus princípios, expressos ou implícitos numa perspectiva positivista. Devem ser entendidos como informantes de todo o ordenamento jurídico com capacidade para averiguar a validade segundo as regras constitucionais de classe, ocupando, assim, um lugar hierarquicamente superior. Também será considerado, o vínculo entre o Direito Penal e o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere ao direito à intimidade. A técnica utilizada para a bibliografia

Palavras-chave: Principado criminoso. Dignidade da pessoa humana. Direito à intimidade.

1 INTRODUCTION

Criminal law is not simply a set of static norms ordered aesthetically, but is part of a complex and dynamic system fulfilling concrete functions within social relationships.

In the opinion of Mir Puig, Criminal Law consists in a form of social control sufficiently important that is monopolized by the State and, on the other hand, it constitutes one of the

¹ Master in Criminal Sciences at UFMG ; PhD from the University of Burgos (Spain) ; Specialist in Theory of Crime from the Universidad de Salamanca (Spain); Professor of Criminal Law; Founding member of the Institute of Criminal Sciences (ICP) and the Brazilian Association of Teachers of Criminal Sciences; Attorney of Justice - MG. E-mail rogerio.greco@terra.com.br

² PhD and Master in Criminal Law from the *Universitat de València*, Spain; Permanent professor at the Post-Graduate Program in Legal Sciences at the Federal University of Paraíba (UFPB) and at the Law and Development Program at UNIPE; President of the National Association of Criminal Law - ANACRIM-PB; Lawyer. E-mail romulo.palitot@uv.es

fundamental portions of a state power that since the French Revolution has been considered necessary to be defined as clearly as possible as a guarantee for the citizen³.

Criminal law is the ultimate ratio of a state's legal system, constituting the instrument with the greatest power to achieve the objectives which are set and demanded by the political community⁴.

Despite the most varied discussions, we can consider the 18th century as a fundamental milestone for Criminal Law. Before it, the Criminal Law lived one of its worst moments, a period considered to be of darkness. With the arrival of the eighteenth century, with the prevalence of reason, a new century followed, considered now as the Century of Bright. From that time on, Criminal Law started to be considered as a true instrument of defense for the fundamental values of the community, where its purposes should only be used in considerably serious attacks on these values, in a limited and controlled form by the "rule of law"⁵.

As the Spanish professor Borja Jiménez⁶ rightly observes, until the enlightenment arrived, the criminal law was brutally used as a mechanism of oppression and submission of its vassals by the feudal lord. In contrast, political and religious interests of the church used the Criminal Law as an instrument for achieving certain purposes to some extent in much of the pejorative connotation of criminal science that moved through this turbulent and dark period.

Several defenders, during the Enlightenment period, stood up against the cruelty of the Criminal Law, including those of Montesquieu, Rousseau, Kant, Hegel, Beccaria⁷; in short, there were several thinkers who, in Europe, participated in a movement that had intended to provide radical changes in this branch of law.

Countless theories and principles applied to date arose during this period. The French Revolution of 1789 was one of the most important historical milestones for our discipline. The declaration of the rights of man and of the citizen is full of principles of a universal nature, which must be applied to every human being, regardless of their origin, race, sex, color, nationality, etc.

Many were the principles of criminal nature that originated in the Enlightenment period, principles which are considered as the foundation, i.e. they are considered as the foundation of the entire legislative structure.

2 CONCEPTS AND NORMATIVE OF THE PRINCIPLES

It is possible to highlight that the fundamental characteristic of the punitive power of the State is that it emanates from a Constitution, proper to the social and democratic State of Law, granting and limiting its extension, submitting them to the principles that are inspiring in the service of freedom, equality, justice and political pluralism⁸.

³ MIR PUIG, Santiago. *Criminal outcome. General part*. Barcelona: Reppertor. 1996. p. 5.

⁴ In this sense: BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. *Considerations and reflections on criminal law and criminal policy I*. In: *Revista da Ajuris - Magazine of the Association of Federal Judges of Rio Grande do Sul*. Year XXXI. Nº 96. Porto Alegre. December 2004. P. 316; JAVIER MIRA. Javier. *Functioning of the criminal law and form of State*. In "Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz". Vol. II. Institut of Criminology. Universitat de València. Valencia. 1997. pp 393/417.

MARTINS, Fabiano Emídio de Lucena Martins; BRAGA, Romulo Rhemo Palitot, *Crescente adoção de instrumentos de soft law na cooperação penal internacional*, in: *Revista Direito e Desenvolvimento*, vol 4, núm. 02, 2013. P. 95

⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Penal outcome. General part*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2004. p. 71.

⁶ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Criminal policy course*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2003.

⁷ According to BORJA JIMÉNEZ, the doctrinal influence will arise with the work of Marques de Beccaria, thus establishing the first bases for the construction of a new humanitarian criminal law. Cfr.: BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *The political-criminal conception of the Spanish Constitution*. In: *Present and Future of the Spanish Constitution*. Law school of the Universitat de Valencia. Valencia: Tirant lo Blanch. 2005. pp. 135/151.

⁸ CABONELL.MATEU, Juan Carlos. *Criminal outcome: concept and constitutional principles*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999. pp. 106/107.

The word “principle”, in the singular, indicates the beginning, the origin, the beginning, the primary cause. We can visualize and point out the principles for guiding the entire normative system, whether or not concretized. We affirm that, because the principles may be expressly provided in normative texts, such as the case with the principle of legality (Brazilian Federal Constitution, art. 5, XXXIX), or others that, although not positive, are mandatory, which is why which are called general principles of law⁹.

Whether the principles are expressed or implied, concretized or not, its normative character is, simultaneously, understood. They are conceived as standards with a high level of generality and inform the entire legal system.

Importantly, according to Ana Paula de Barcellos, the seven criteria more used by doctrine leads to the distinction between principles and rules, namely:

- (a) *The content*. The principles are closer to the idea of value and law. They form a demand for justice, equity or morality, while the rules have a diverse content and are not necessarily moral. Still regarding the content, Rodolfo L. Vigo even identifies certain principles, which he calls ‘strong’, with human rights.
- (b) *Origin and validity*. The validity of the principles derives from their own content, whereas the rules come from other rules or from the principles. Thus, it is possible to identify the moment and the way in which a certain rule has become a legal norm, which will be useless in terms of principles.
- (c) *Historical commitment*. The principles are for many (although not all), to a greater or lesser extent, universal, absolute, objective and permanent, whereas the rules are quite evident by the contingency and relativity of their contents, depending on the time and place.
- (d) *Ordering function*. Principles have an explanatory and justifying function in relation to the rules. Like axioms and scientific laws, the principles synthesize a large amount of information from a sector or from the entire legal system, giving it unity and ordering.
- (e) *Linguistic structure*. The principles are more abstract than the rules, in general, they do not describe the necessary conditions for their application and, therefore, they can be applied to an indeterminate number of situations. In relation to the rules, differently, it is possible to identify, with more or less work, your hypotheses of application.
- (f) *Interpretive effort required*. The principles demand a much more intense argumentative activity, not only to clarify its meaning, but also to infer the solution it proposes for the case, whereas the rules demand only applicability, in the expression of Josef Esse, ‘bureaucratic and technical’.
- (g) *Application*. The rules are biunivocal, applying according to the ‘all or nothing’ model, popularized by Ronaldo Dworkin. That is, given its typical factual substrate, the rules only admit two kinds of situation: they are either valid and apply or they do not apply for invalid. Gradations are not allowed. As Robert Alexy records, contrary to the rules, the principles determine that something is accomplished to the greatest extent possible, admitting a more or less wide application according to the existing physical and legal possibilities¹⁰.

⁹ As explained by Olga Sánchez “the general principles of law allow, being the law faithful, to construct its application valiantly. At the time of legal interpretation, the norms are returned to the principles seeking their conformity with the set of material values recognized in the legal system, be it constitutional text or in the concrete regulation of the different legal institutions”. In: MARTÍNEZ, Olga Sánchez. *The principles of derecho and criminal dogmatics*. Madrid: Dykinson. 2004. p. 46.

¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *The legal effectiveness of constitutional principles*. Rio de Janeiro: Renew. 2002. p. 47-51.

Marcello Ciotola, pointing out the controversial confusion that occurs between norm and principle or, even between rule and principle, teaches, quoting Robert Alexy:

Robert Alexy notes that, although the distinction between rules and principles is not new, it prevents respect for confusion and controversy. In addition, a contrast that shows is made between norm and principle, and not between rule and principle. Questioning this stance, he states that rules and principles are species of the legal law genre:

“Both rules and principles are rules because they both say what should be. Both can be formulated with the help of the basic deontic expressions of the mandate, the permission and the prohibition. Principles, like rules, are reasons for concrete judgments of what should be, even if they are reasons of a very different kind. The distinction between rules and principles is thus a distinction between two types of norms”¹¹

The principle is legally a norm, with comprehensive content, serving as an instrument for the integration, interpretation, knowledge and application of positive law¹².

It is also worth mentioning the evolution related to the phases that the legality of the principles went through. Initially, the principles had a jusnaturalist character, followed by the positivist phase, and then, modernly, a post-positivist view was attributed to them.

Paulo Bonavides says that, in the jusnaturalist phase:

“The principles still inhabit the entire abstract sphere and its normativity, basically null and doubtful, contrasts with the recognition of its ethical-evaluative dimension of idea that inspires the postulates of justice”¹³.

In the second stage, considered positivist, the principles should be extracted from the post system standards in a given law, which serves as a source of rules subsidiary or expression of *Gordillo Cañas* cited by Paul Bonavides as a “safety valve” which “Guarantees the absolute rule of the law”¹⁴.

In the post-positivist phase, the Constitutions, following the lessons of Paulo Bonavides, “accentuate the axiological hegemony of the principles, converted into a normative pedestal on which the entire legal building of the new constitutional systems rests”¹⁵.

The principles, however, move in this last phase, to exercise primacy over the entire legal system, limiting, through the values selected by them, the legislative activity, only allowing, in the specific case of Criminal Law, for example, the creation normative that is not offensive to them.

As a result of this reasoning, we understand that the principles, given their character as a superior rule to the others existing in the legal system, serve as a guarantee to all citizens, in a Constitutional and Democratic State of Law, against the State’s own attempts to defend itself in “omnipotent sir”. Principles are, therefore, a protective shield of every citizen against state attacks. All rules owe you obedience, under penalty of being declared invalid.

Thus, concluding, at the same time, the principles, on a hierarchical scale, occupy the place of greatest prominence and importance, reflecting, necessarily, over the entire legal system.

¹¹ CIOTOLA, Marcello. *General principles of law and constitutional principles - The principles of the 1988 constitution*. P. 46.

¹² In this sense: NUCCI, Guilherme de Souza. *Constitutional principles of criminal law and criminal procedure*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010; SILVA, José Afonso da, *positive constitutional law course*. São Paulo: Malheiros. 1992.

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Constitutional law course*. São Paulo: Malheiros. 1998. p. 232.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Constitutional law course*. Op. Cit. P. 234.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Constitutional law course*. Ibidem. P. 237.

3 THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY

Pointing out the origin of the dignity of the human person, as a value to be respected by all, is not an easy task. However, looking at history, we can say that one of its strongest roots lies in Christianity. The idea, for example, of equality and respect between men, whether they are free or slaves, demonstrates that true Christianity that personified in the person of Jesus can be one of the foundations of this complex building of the dignity of the human person.

Taking a leap in the centuries, we will arrive at the Enlightenment period, the century of bright, where reason lit a fire, lighting the darkness that existed until that moment. The 17th and 18th centuries were of fundamental importance not only for effective recognition, but also for the consolidation of the dignity of the human person as a value to be respected by all.

Nevertheless, even recognizing its existence, conceptualizing the dignity of the human person remains an enormous challenge. This is because such a concept is found in the list of those considered vague and imprecise. It is a concept, in fact, that, since its origin, is in a process of construction. We cannot in any way build a wall for giving it precise contours, precisely because it is an open concept.

In many situations, only the analysis of the specific case will allow us to know whether there has been an effective violation of the dignity of the human person. For recognizing this concept, the historical and cultural diversity that reigns among peoples cannot be overlooked¹⁶. Thus, what in one culture can be conceived as a blatant violation of the rights to human dignity, in another it can be recognized as an honorable conduct.

Even the vilest, the most hateful man as cold and ruthless criminal is carrying that amount. We can adopt the proposed concept by Ingo Wolfgang Sarlet, which sought to condense some of the most used thoughts to define the concept of human dignity, saying that:

“The intrinsic and distinctive quality of each human being that deserves the same respect and consideration on the part of the State and the community, implying, in this sense, a complex of fundamental rights and duties that assure the person both against any and all acts of degrading and inhumane nature, as they will guarantee the minimum existential conditions for a healthy life, besides providing and promoting their active and co-responsible participation in the destinies of their own existence and of life in communion with other human beings”¹⁷.

The dignity of the human person, in the words of Paulo Bonavides, ceased to be exclusively a conceptual manifestation of that natural right, whose essence was sought either in divine reason or in human reason. As the thinkers of the classical periods professed in their lessons of theology and philosophy and medieval, in order to become, finally, an autonomous proposition, of the highest axiological content, irrevocably tied to the constitutional realization of fundamental rights¹⁸.

Although difficult to translate, we can endeavor to try to build a concept of the dignity of the person, understood as a quality that integrates the human condition itself, being, in many situations, still considered as unavoidable and inalienable. It is something inherent to the human being, a value that cannot be suppressed, due to its very nature.

¹⁶ On cultural diversity: BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Cultural Diversity: conflict and conflict*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2006.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Human dignity and fundamental rights*. Porto Alegre: Lawyer's Bookstore. 2001. p. 60.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Constitutional theory of participatory democracy*. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 231.

3.1 The normative conception of human dignity

Once the dignity of the person is recognized as an inherent value of every human being, its normative embodiment was an important step.

The twentieth century, especially after the atrocities committed by Nazism¹⁹, witnessed the growth of the human principle of the dignity, as well as its formalization in the texts of the constitutions, especially the democratic ones.

The principle of the dignity of the human person serves as the guiding principle of many others, as it does with the principle of individualization of punishment, personal responsibility, guilt, proportionality, etc., which seek its foundation of validity.

The modern Constitutions expressly adopt the principle of human dignity, being one of the foundations of the Federative Republic of Brazil, as determined by our Political Charter of October 5, 1988, in its art. 1st, III²⁰.

It is clear, therefore, the concern of the constituent legislator to grant a normative status to the principle of human dignity, understanding it as one of the foundations of the Democratic Rule of Law.

As a constitutional principle, the dignity of the human person should be understood as a norm of a higher hierarchy, intended to guide the entire system with regard to legislative creation, as well as to assess the validity of the norms that are inferior to him. Thus, for example, the infraconstitutional legislator would be prohibited from creating incriminating criminal types that would violate the dignity of the human person, and the combination of cruel penalties, or of an afflictive nature, such as whips, is prohibited.

In our country, after a slow evolution, the Federal Constitution, aiming to protect the rights of the citizen, prohibited the combination of a series of penalties²¹, as it understood that all of them, in a broad sense, offended the dignity of the human person, in addition to fleeing, in some cases its preventive function. Therefore, item XLVII of art. 5 of the Federal Constitution expressly determines that there will be no death penalty a), except in cases of declared war, under the terms of its art. 84, XIX; b) perpetual character; c) forced labor; d) banishment and e) cruelty²². Similarly, would be prohibited the act of torture as a mean to obtain the confession from an indicted/ accused (by greater than gravity was, in theory, the criminal offense committed).

So, we can say with Lucretius Rebollo Delgado that we have to take into account that human dignity constituted not only the guarantee that the person will not be object of offenses or humiliation, but also introduces a positive affirmation of full development of the personality of each individual²³. In addition, the invalidity of any legal device that contradicts this basic value, inherent to every human being, must be declared.

On the other hand, even if the dignity of the human person had not been elevated to the status of an expressed principle, no one would doubt its quality as an implicit principle²⁴,

19 Historical records demonstrate strong authoritarianism, such as the "Kiel School". Vives Antón y Cobo Del Rosal, quoting Quintano Ripolles, calls the followers of this "School" "Nazi jurists". Cf.: VIVES ANTÓN, Thomas; COBO DEL ROSAL, Manuel. *Derecho penal - general part*. Valencia: Tirant it Blanch. 1999. p. 324.

20 In this sense: CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. *The penal system and human dignity*. In: *IBCCRIM Bulletin*. Sao Paulo. No. 70 / Ed. esp. September 1998. pp 02/03.

21 "It is also true that the retributive nature of the penalty, as a form of social example, should not be overlooked. However, it must be mitigated by the need for social reintegration of the condemned with respect for the dignity of the human person and, even because, in our country, in times of peace, there are no perpetual or capital punishment, from which the certainty of the return of the condemned to the social bosom, the situation for which he must be prepared in the best possible way" (TRF - 3ª - HC 26.552-SP, 5ª T. Rel. Ramza Tartuce, August 20, 2008).

22 GRECO, Rogério, *Criminal Law Course. General part*. Niterói: Impetus, 2011, p. 469.

23 DELGADO, Lucrecio Rebollo. *Fundamental rights and data protection*. Madrid: Dykinson, 2004. p. 18.

24 The principles, even if implicit, must have full normative applicability, prevailing, even over express rules. Cfr.: GUERRA, Gustavo Rabay. *Constitutional procedural law*. Recife: Our bookshop. 2005. p. 37.

arising from the Democratic State of Law itself, capable, nonetheless, of assessing the validity of lower level.

3.2 Relativizing the principle of human dignity

The dignity of the human person, according to the major doctrine, does not have an absolute character, we must, in certain situations, work with other principles that will serve as interpretation tools, carrying out the so called weighting or interests, which will result in the prevalence of one over the other.

Dignity, as an individual value of each human being, must be assessed and weighed in each specific case. We must not forget, however, what is an essential core of the dignity of the human person, which can never be diminished. Thus, it is one thing to allow someone, who has committed a serious criminal offense, to be deprived of their liberty by the State itself, charged with ultimately protecting legal assets. It is another thing to allow that same person condemned with deprivation of liberty to serve his sentence in a degrading place affecting his personality; that he will be tortured by government agents in order to extract some confession from him; that his relatives are prevented from visiting; who does not have a re-socializing occupation in prison, etc. His dignity must be preserved, since the State was only allowed to deprive him of his freedom, however, the other rights that affect his dignity as a person, are protected.

Dignity, on the other hand, may be weighed against the own interests of the person who owns it, and who thinks about having it, in a given situation, and the State can act, even if coercively, in order to preserve it, even against the expressed wish of its holder.

However, it is not the easiest task to conclude when we are facing an offense against the dignity of the human person. Even against the expressed will of the person to whom we intend to defend ourselves, or when we will be, due to this balance of interests, facing a right person, even if, in the opinion of third parties, it is offensive to their dignity.

4 PERSONALITY RIGHTS AS INTEGRAL TO THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON

Personality can be pointed out as a direct result from the principle of the dignity of the human person, meaning, briefly, the ability of every human being to have its rights respected and to assume obligations, or, according to the precise lessons of Pablo Stolze Gagliano and Rodolfo Pamplona Filho:

“Personality rights are conceptualized as those whose object is the physical, psychological and moral attributes of the person in himself and in his social projections.

The idea to guide the discipline of personality rights is from an individual’s off-balance sheet sphere, in which the subject has admittedly tutored by the legal order an indeterminate series of pecuniary non-reducible values, such as life, physical integrity, intimacy, honor, among others”²⁵.

It is a right inherent in every human being.

There are rights that are born with every human being, regardless of their origin, race, sex, color, religion, similar to what occurs with the right to life, sexual freedom, physical integrity, honor, intimacy etc., and that cannot be removed from it.

²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. *New civil law course - general part*, São Paulo: Saraiva. 2011. p. 150.

However, there are no absolute rights, even those considered very personal. As an example, let us mention the right that everybody has freedom. In spite of that, if the agent comes to practice a fact liable to a sentence of deprivation of liberty, that right will cease in the specific case. Thus, we can only consider the rights to personality as absolute in the sense of being opposable *erga omnes*, and not with regard to their intangibility.

Although we have positioned ourselves on the side that the rights inherent to personality are innate, that is, they are born bound to every human being and are antecedents to any normative disposition, being, moreover, considered as natural rights, such a position is not peaceful.

In the opposite direction to the Jusnaturalist School of personality rights, there is the position understood as positivist, which assumes that there will only be a right when it is formally recognized by the State, through its legal statutes. New situations emerge, new conflicts will occur, causing the legislator to awaken to the existence of new rights, which can be considered as very personal, thus being part of the personality of the human being. It is the law, according to this current, that is in charge of recognizing and protecting rights that have been selected through a political criteria, which has changed over the years.

Despite the strength of positivist reasoning, especially with regard to the recognition of new personality rights which are emerging according to the evolution of society, there are certain groups of rights that cannot be attributed to formal recognition. The law, for example, as we have already said, the right to life, personal integrity, honor, intimacy, etc.

Personality rights have certain characteristics that are peculiar to them, which distinguish them from others. In addition to being considered absolute, in the sense that they are opposable to *erga omnes*, personality rights enjoy the characteristics of: generality, off-balance, non-transferability, unavailability, imprescriptibility, impenetrability and life tenure.

It appears that according to their nature, as well as the characteristics that are peculiar to them, the rights about personality are part of the role pertaining the dignity of the human being.

5 RIGHT TO PRIVACY AS PART OF THE CATEGORY OF RIGHTS TO PERSONALITY

The right to privacy is one of the most subtle and also the most difficult personality rights to be delimited or protected by criminal law.

Nowadays, it is no longer argued that the right to privacy is part of the list of so-called personality rights, which, consequently, concern the dignity of the human person.

However, although belonging to the category of very personal rights and enjoying, at first sight, all the characteristics that are inherent to it, it is worth emphasizing, generality, extra-patrimonialism, non-transferability, unenforceability, imprescriptibility, unenforceability and life tenure, precisely, talking about a person's privacy it is not an easy task.

This is because the concept of intimacy varies according to customs, place, creation, values according to the society in which the subject is inserted, in short, pointing out the right to intimacy and, on the other hand, their violations, which can be punished in different degrees, such as civil and penal, each detail deserves a thorough analysis.

Take, for example, what still occurs in many indigenous tribes, still present in Brazil, where the members that make up the group have the habit of walking completely naked, from children to the elderly. Nudity, for them, is not a matter of intimacy, as it is available for everyone to see. Whoever is a member or not, who joins that group, will witness the nakedness of all.

We all bring with us a part of our personality that we do not want to be revealed, or, when revealed to a few people, we do not accept the breach of trust placed, and we reject its undue disclosure.

The right to privacy is, figuratively, a room, where the door can only be opened from the inside. Any attempt to enter will result in a break-in, an undue violation, deserving of punishment.

6 THE FUNDAMENTAL RIGHT TO PRIVACY AS A RESULT OF THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY AND ITS CONSTITUTIONAL FOUNDATION

From what we have seen so far, we can state that the principle of human dignity, whether or not express constitutional provision, will serve as the foundation of the entire regulatory system. In addition, it has been understood that the principle of human dignity is the source which emanates fundamental rights.

The most modern constitutions, such as the Brazilian and Spanish, not only predict the principle of human dignity, but also rights that are altogether with the rights to privacy.

Nevertheless, what does the right to intimacy means?

Conceptualizing the right to intimacy is not an easy task. It is extremely difficult, in fact, not only conceptualize what may be right to privacy, but also traces its exact contours, making a distinction between public and private. According to Ekmekdjian, intimacy is the faculty where each person owns a circle: private or unremitting stronghold of individual freedom, which cannot be invaded by third parties, whether private or the State itself, through any type of interference, which can take several symbols²⁶.

We can list three theories disputing the treatment for the right to privacy. The first of them, called objective theory, adopts the so-called theory of circles, of German law, where we can represent, figuratively, several concentric circles, with the most intimate, reserved in the center; around, family intimacy; and, finally, on its outer face, the area for the public sphere. Obviously, this definition is not absolute, but a mere theoretical representation.

The second theory, recognized as *subjective*, as the denomination itself is suggesting, understands that only the person, and no one else, can determine what is or is not intimate, that is, he is the only who must determine the limits between the private and the public.

Modernly, the so-called mosaic theory emerged, as a need to protect the individual's intimacy "in the face of threats that, the new technological devices and in particular the computer science are harming. It was formulated by Madrid Conesa who believes that the 'theory of spheres is not valid, given that today the concepts of public and private are relative, as there are data that *a priori* are irrelevant from the point of view of the right to privacy. However, if they are united to each other can configure the thoughts of any individual, such as the small stones that form a mosaic, which in themselves do not say anything, but when together they can form meaningful sets"²⁷.

We can now understand that the real concept of the right to privacy is not absolute in nature, it varies from person to person, from society to society, from culture to culture, from time to time. Thus, what may constitute a violation of the right to privacy in a society, will no longer be in another²⁸. Therefore, this privacy, what humans want to preserve and do not want

26 EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Elemental Treaty of Constitutional Derecho*. Barcelona: Paidós. 1993.

27 DELGADO, Lucrecio Rebollo. *Derechos y fundamentales protección de datos*, Op. cit. 38-39.

28 Canotilho cites the following case: "An individual, female, is applying for a job in a private company, having been selected first, after the qualification tests and the interview. However, before the contract was signed, the company demanded a pregnancy test, which she refused because it was an attack on the fundamental right to the privacy of private and family life. Cfr.: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamental rights studies*. São Paulo: Coimbra Editora and Revista dos Tribunais. 2008. p. 70.

to be known by others, will have a relative nature that cannot be applied to general concepts or ordained ones.

Surely, however, we can say that individuals have their special reservation. In each human being there is a safe, where their most precious values are kept, protected, unavailable for the knowledge of others.

Thus, although its definition is complex, it does not have the intention of exhausting the debate, we can realize that the right to intimacy is a portion, inherent to our right of personality, which belongs solely to us, and which should, according to our will, be subtracted from public knowledge²⁹.

7 RIGHT TO PRIVACY OF PUBLIC PERSONS

In some situations, as for public persons, the right to privacy is limited. Public life implies a certain permission to the public to know more details about that person who decides to expose himself or herself, through his activities. However, as much as a limitation of the right to privacy is recognized, this limitation does not matter, as it can be seen, in its total annihilation. A precise lesson of Paulo José da Costa Júnior:

“Notorious people can lose, due to the peculiar way of life or profession by virtue of which they have become personalities of public interest, to a certain extent, the right to privacy. But they will have to preserve a part of the intimacy preserved, to which only those who are allowed to penetrate will have access. A sphere of intimacy, even a reduced one, will guarantee notorious personalities, where they can freely excuse themselves, without being accounted by anyone, sheltered from the curiosity of others. Although it is precisely this sphere, which is to be removed from popular curiosity, to leave it enclosed in the walls of the home or in the tabernacle of domestic intimacy, the one that most appeals to the general public. It is like the revenge of a mediocre man - someone has already proclaimed -, who wants to know how the one who reached a greatness that he was not able to achieve lives and how behaves in intimacy”³⁰.

Not only can the disclosure of unpublished facts affect people’s right to privacy. Often, even the facts already known by the public, are lately disclosed, or mentioned a second time, recalling past events, it can damage the right to privacy. In these cases, we speak about the so-called right to be forgotten.

8 AVAILABILITY OF THE RIGHT TO PRIVACY AND CONSENT OF THE VICTIM

The right to intimacy can only be recognized as absolute in the sense of being opposable *erga omnes*. With this, we want to affirm that, only in the specific case will be able to tell us if there will be the possibility or not of its disposition by the holder of this right.

Thus, in many cases, it will be possible for the subject to have his privacy, turning it public, the knowledge of all. Consequently, that part that we all understood as reserved, like our sexual freedom, may be available for everybody. Consider the case of “pornographic film actor”. His intimacy is fully on display in those scenes. However, in such cases, it has been understood that if the right holder is larger and capable person, consent will be valid in order to allow their intimacy being noticed.

29 Cfr.: SILVA, Edson Ferreira da. *Right to privacy*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 51.

30 COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Aggressions against intimacy*. São Paulo: Malheiros. 1997. p. 28.

It is also not uncommon for someone letting a writer narrate his biography by making available to the public what he considered most reserved.

Therefore, we understand that when it comes to intimacy, this right may be considered available as long as the holder is a person of legal age³¹, and has the capacity to consent (which means not carrying any mental illness that prevents you from knowing nature of the behavior practiced by him etc).

Any addiction will become also invalid consent.

Another feature that should be emphasized is that consent, which is a personal right, can be revoked at any time. It does not matter if the subject initially consented. If there is repentance, such consent may be revoked. So, imagine the hypothesis where a writer had received authorization from a certain person to publish his biography. To this end, they spent months together, so that the author of the work could know all the necessary details for the publication of the book. Repentant, and concerned with the repercussion of the facts, the subject who would have exposed his biography prevents the book from being published. In this case, the consent is valid in order to effectively prevent the publication of the work. However, this does not rule out the possibility that the subject, holder of the right to privacy, will have to indemnify the person who has lost months working, in order to make some profit from selling the book.

Hence, it will be possible for the right holder to consent so that their privacy is exposed to the public, but they can, however, regret it at any time. Besides that, it is not possible to consider any forced execution to comply with the object for consent previously given, which does not prevent anybody from being held civilly responsible for any harm caused.

9 FINAL CONSIDERATIONS

Due to the dimension of the subject that has been explained, many other issues could have been addressed or even deepened, but it would be too long. Therefore, we seek to highlight its main aspects.

Among the principles considered as the foundation of the democratic rule of law, we can highlight the principle of dignity of the person, which constitutes, according to the lessons of Lucrecio Rebollo Delgado, “*no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraria también la afirmación positiva de pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo*”³².

The right to personality is a natural consequence of the adoption of the principle of the dignity of the person, enjoying the characteristics of *generality, extra-patrimoniality, non-transferability, unenforceability, imprescriptibility, impenetrability and life tenure*.

Although understood as unavoidable or unavailable, this characteristic is not absolute, with the possibility of exceptions dictated not only by law, but also by customs, social and moral values existing at a given time.

One of the facets related to the right to personality is precisely the right to privacy. Although it is difficult to define the scope of this right to privacy, there is a need to draw boundaries between the public and the private. Over the years, several theories have emerged for this purpose, including the following: a) objective theory, also known as theory of spheres; b) subjective theory; and c) mosaic theory.

³¹ Legal age is understood to be that of a civil nature, as is the case in Brazil with those over 18 years of age.

³² DELGADO, Lucrecio Rebollo. *Fundamental rights and data protection*. Op. cit. P. 18.

The offense against the right to privacy may generate sanctions of both a civil and a criminal nature, regardless, in many situations, of actual damage to the person who has had his or her privacy violated.

Although it is seen as a personality right, the right to privacy may be considered available, requiring, therefore, the consent of the holder of that right.

REFERENCES

BARCELLOS, Ana Paula de. *The legal effectiveness of constitutional principles*. Rio de Janeiro: Renew. 2002;

BONAVIDES, Paulo. *Constitutional law course*. São Paulo: Malheiros. 1998;

BONAVIDES, Paulo. *Constitutional theory of participatory democracy*. São Paulo: Malheiros. 2003;

BIMJA JIMÉNEZ. *Diversidad Culture: conflict y derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2006

BIMJA JIMÉNEZ. *Criminal policy course*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2003;

BIMJA JIMÉNEZ. *La Concepcion political-criminal of la Constitución española*. In: **y Present Future la Constitución Española**. Faculty of Derecho de la Universitat de València. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. *Considerations and reflections on criminal law and criminal policy I*. In: **Revista da Ajuris - Magazine of the Association of Federal Judges of Rio Grande do Sul**. Year XXXI. Nº 96. Porto Alegre. December 2004;

CABONELL MATEU, Juan Carlos. *Criminal outcome: concept and constitutional principles*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamental rights studies*. São Paulo: Coimbra Editora and Revista dos Tribunais. 2008;

CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. *The penal system and human dignity*. In: **IBCCRIM Bulletin**. Sao Paulo. No. 70 / Ed. esp. September 1998;

CIOTOLA, Marcello. *General principles of law and constitutional principles - The principles of the 1988 constitution*;

COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Aggression against intimacy*. São Paulo: Malheiros. 1997;

DELGADO, Lucrecio Rebollo. *Derechos fundamentales y protección of datos*. Madrid: Dykinson, 2004;

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Elemental Treaty of Constitutional Derecho*. Barcelona: Paidós. 1993;

GAGLIANO, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. *New civil law course - general part*. São Paulo: Saraiva. 2011.

GRECO, Rogério. *Criminal law course. General part*. Niterói: Impetus, 2011;

GUERRA, Gustavo Rabay. *Constitutional procedural law*. Recife: Our bookshop. 2005;

JAVIER MIRA, Javier. *Función del derecho penal y form of state*. In “**Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz**”. Vol. II. Institut de Criminologia. Universitat de València. Valence. 1997;

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga Sánchez. *Los principios del derecho y la criminal dogmatic*. Madrid: Dykinson. 2004.

MARTINS, Fabiano Emídio de Lucena Martins; BRAGA, Romulo Rhemo Palitot, **Crescente adoção de instrumentos de soft law na cooperação penal internacional, in: Revista Direito e Desenvolvimento**, vol 4, núm. 02, 2013.

MIR PUIG, Santiago. *Criminal outcome. General part*. Barcelona: Reppertor. 1996;

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Penal outcome. General part*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2004;

NUCCI, Guilherme de Souza. *Constitutional principles of criminal law and criminal procedure*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010;

PEIXINHO, Manoel Messias. *The interpretation of the constitution and the fundamental principles*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000;

SARLET, Ingo Wolfgang. *Human dignity and fundamental rights*. Porto Alegre: Lawyer's Bookstore. 2001.

SILVA, Edson Ferreira da. *Right to privacy*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003;

SILVA, José Afonso da. *Positive constitutional law course*. São Paulo: Malheiros. 1992;

VIVES ANTÓN, Tomás; COBO DEL ROSAL, Manuel. *Criminal outcome - general part*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999.



UNIPÊ

Centro Universitário
de João Pessoa