

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

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

VOLUME 13 | NÚMERO 2 | 2022



UNIPÊ

Centro Universitário
de João Pessoa

EDITORIAL

A Revista Direito e Desenvolvimento, que é uma publicação semestral, estratificada no sistema como Qualis A4, 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. 2, v. 13 (2022).

A temática desta edição foi livre, sendo no total 18 (dezoito) artigos científicos inéditos de doutores, como autor e/ou coautor com doutorando, doutor, mestrando ou mestre.

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 Negreiros Deodato

Profa. Dra. Flavia de Paiva Medeiros de Oliveira

Prof. Dr. Glauber de Lucena Cordeiro

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

Prof. Dr. Wolney de Macedo Cordeiro

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

A TEORIA COMUNITARISTA E OS ASPECTOS DA
JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NA PERSPECTIVA DE
MICHAEL WALZER

GLAYDSON MEDEIROS DE ARAÚJO SOUZA
ANDRÉ RICARDO FONSÊCA DA SILVA

A TEORIA COMUNITARISTA E OS ASPECTOS DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NA PERSPECTIVA DE MICHAEL WALZER

THE COMMUNITY THEORY AND THE ASPECTS OF DISTRIBUTIVE JUSTICE FROM MICHAEL WALZER'S PERSPECTIVE

Recebido: 04/01/2023
Aprovado: 04/01/2023

Glaydson Medeiros de Araújo Souza¹
André Ricardo Fonsêca da Silva²

RESUMO:

O presente artigo tem como escopo identificar os aspectos da teoria comunitarista, pois, as ideias de justiça social são consideradas de extrema importância dentro do debate político e filosófico atuais. Para tanto, foram abordados os temas essenciais da teoria de justiça social de Michael Walzer, que baseia seu argumento na premissa de que a justiça distributiva deve sempre levar em consideração os aspectos culturais e históricos da comunidade. Foi utilizada a pesquisa exploratória, dedutiva com a técnica de revisão bibliográfica. Por fim, mesmo vislumbrando que alguns pontos da doutrina são de difícil realização na prática, fica claro que parte dos argumentos e fundamentos utilizados pelo autor, devem e precisam ser considerados para que se construam comunidades mais justas.

Palavras-chave: Comunitarismo. Teoria da Justiça. Justiça Distributiva. Michael Walzer.

ABSTRACT:

This article has the scope to identify the aspects of communitarian theory, therefore, the ideas of social justice are considered of extreme importance within the current political and philosophical debate. In order to do so, the essential themes of Michael Walzer's theory of social justice, which bases his argument on the premise that distributive justice must always take into account the cultural and historical aspects of the community, were addressed. Exploratory, deductive research was used with the bibliographic review technique. Finally, even though some points of the doctrine are difficult to realize in practice, it is clear that part of the arguments and foundations used by the author must be considered in order to build more just communities.

Keywords: Communitarianism. Theory of Justice. Distributive Justice. Michael Walzer.

¹ Possui graduação em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas e mestrado em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Atualmente é Coordenador Jurídico e de Compliance da Elfa Medicamentos S.A. e Professor de Direito da Faculdade Internacional Cidade Viva-FICV. E-mail: glaydson.souza@ficv.edu.br

² Doutor em Políticas Públicas e Formação Humana (UERJ); Mestre em Direito (UFPB); Especialista em Direito Municipal (UNIPE); Graduado em Direito (UNIPE). Professor Permanente do Mestrado em Direito da UNIPE (PPGD Direito e Desenvolvimento Sustentável); Professor Adjunto da Graduação em Direito da UNIPE, Coordenador do Curso de Direito e Teologia Presencial da Faculdade Internacional Cidade Viva-FICV. E-mail: professor.andrefonseca@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da civilização humana que temos notícias das transformações sociais, políticas, históricas, econômicas, dentre várias outras, e isso pode ser facilmente observado se examinarmos, por exemplo, o Antigo Testamento da bíblia cristã, que muito embora não tenha cunho filosófico, é dotado de historicidade que não se pode refutar.

O fato é que tais transformações ao longo do tempo se demonstraram de várias formas, e, atualmente, vemos a sociedade transformada diariamente pelas revoluções tecnológicas, cada vez mais imbricadas no íntimo de cada ser anção de individualismo, para não dizer egoísmo. De forma tal que as culturas dos povos estão sendo subjugadas por esse individualismo.

Como resultado dessas transformações é possível identificar, numa perspectiva global, a desvalorização do ser humano, com conseqüente desrespeito aos direitos humanos, em várias formas e níveis, como por exemplo, a situação dos refugiados no continente europeu, ou mesmo o estado de violência em que o estado do Rio de Janeiro experimenta diariamente, tal como vemos nos noticiários.

Tais conseqüências geram inexoravelmente a exclusão social. Nesse sentido, estudiosos buscam criar, estabelecer, desenvolver teorias que sejam capazes não apenas de explicar tais fenômenos, mas, que busquem refrear os efeitos nefastos que experimentamos, como o desemprego em massa, miséria, fome, dentre outros, para que se restabeleçam, pelo menos de forma mínima necessária, os direitos humanos.

Dentre as soluções teóricas surgidas, iremos destacar a teoria comunitarista e, especificamente, a perspectiva do autor americano Michael Walzer e sua famosa obra *Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*.

A teoria comunitarista se coloca como contraponto ao liberalismo, especialmente no que tange à impossibilidade de se traçar uma teoria da justiça baseada em princípios e premissas universalistas e imparciais, pois para o comunitarismo é necessário considerar o indivíduo, a cultura em que está inserido, o contexto social, ou seja, o indivíduo precisa ser considerado em concreto, e não em abstrato. (WALZER, 2003)

Já para as teorias liberais, especialmente para John Rawls, a teoria de justiça fundamenta-se em princípios universais e imparciais, na existência de indivíduos em abstrato, sem raízes e livres de quaisquer influências, devendo os indivíduos escolherem os princípios da justiça cingidos pelo “véu da ignorância”, privado de suas personalidades, concepções e preceitos particulares, formação cultural. (RAWLS, 2002)

Assim, os comunitaristas entendem que a justiça e a pluralidade são indissociáveis na medida em que se busque o reconhecimento pela multiplicidade de identidades culturais, étnicas, sociais, de cada povo, ressaltando os valores comunitários.

O presente trabalho, por questões temporais e ideológicas, não tem, nem poderia, o condão de esgotar as minúcias da teoria comunitarista, tão pouco coloca-la como absoluta sobre outras teorias, pois, como o próprio Walzer trata, é improvável uma teoria que seja absoluta, e aqui trataremos algumas perspectivas e noções acerca das proposições do próprio Walzer, como dito, que foram traçadas em sua obra *Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*.

Para tanto, foi feita uma pesquisa exploratória - buscando-se detalhar a teoria comunitarista - além de dedutiva, pois se partiu de um tema geral justiça para se chegar à discussão da justiça distributiva sob o viés da teoria comunitarista defendida por Walzer. A técnica de revisão bibliográfica com base em livros clássicos da justiça se fez necessária para trazer à baila a profundidade necessária ao artigo.

O presente artigo, além desta introdução e considerações finais, está dividido em quatro seções, onde o segundo trata sobre a teoria dos bens e a justiça distributiva. Já a terceira seção fala sobre as esferas da justiça.

2. A TEORIA DOS BENS E A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

A teoria proposta por Walzer na obra em comento, tem esteio numa preocupação com uma sociedade mais justa, que busca garantir a proteção aos direitos humanos, valorizando a comunidade assim como o espaço público, também considera as particularidades históricas de cada povo, a responsabilidade de cada um.

Relata Walzer que a obra em perspectiva nasceu após um curso, em forma de debate, ministrado na Universidade de Harvard nos Estados Unidos da América, nos idos de 1971, juntamente com Robert Nozick, cujo tema era Capitalismo e Socialismo, e esses debates, inicialmente foram escritos na obra *Anarquia, Estado e Utopia*, e a outra parte dos debates, está justamente na obra *Esferas da Justiça*. (WALZER, 2003)

Como expoente do comunitarismo, Walzer (2003) defende que os homens vivam em uma comunidade distributiva, desse modo, a ideia de justiça social não parte do pressuposto único da produção e consumo, mas, principalmente como processo de distribuição dos bens sociais. Dentre esses bens ele cita a afiliação, o poder, homenagens, eminência ritual, graça divina, parentesco e amor, cultura, riquezas, segurança física, trabalho e lazer, gratificações e punições, além de uma infinidade de bens concebidos de modo mais restrita e material.

O fato é que não há como vislumbrar esse sistema distributivo sem considerar sua intrínseca complexidade, e não apenas a complexidade do bem social em si, uma vez que, como citado, há uma infinidade de bens, também não há um único critério distributivo, tão pouco existiria um único agente distribuidor, muito embora pudéssemos pensar que esse agente seria o Estado, o fato é que Estado nenhum teve a penetração de poder suficiente para regulamentar todos os tipos de partilha, e se assim pensássemos, estaríamos reduzindo a teoria em análise e seus propósitos. (WALZER, 2003, p. 02)

Na verdade, a vida em comunidade nos revela riquezas inimagináveis do ponto de vista dos bens sociais, que, por oportuno, seriam difíceis de conceber a partir do “véu da ignorância”, como proposto por Rawls, e apenas podem ser conhecidos se experimentados e analisados empiricamente, dentro de cada uma das comunidades. E nesse contexto, Walzer entende que qualquer sistema distributivo que não levar em conta essa complexidade de fatores, será inservível para alcançar a realidade da pluralidade humana, construindo a partir dessa noção a maior crítica à teoria de justiça de John Rawls, uma que este defende a eleição dos princípios de justiça por pessoas ignorantes, que não podem levar em consideração sua própria condição particular. (TAVARES, 2009)

Aproveitamos para citar um trecho da obra de Walzer que reflete a ideia de que a justiça distributiva está calcada na possibilidade de serem consideradas as particularidades de cada comunidade, pois o indivíduo não pode ser desconsiderado e relegado à ignorância, o que demonstra a necessidade de considerar as contingências históricas, vejamos:

Quero defender mais do que isso: que os princípios de justiça são pluralistas na forma; que os diversos bens sociais devem ser distribuídos por motivos, segundo normas e por agentes diversos; e que toda essa diversidade provém das interpretações variadas dos próprios bens sociais – o inevitável produto do particularismo histórico e cultural.” (WALZER, 2003, p. 05)

Nesse contexto, o Walzer compreende que cada bem social depende do significado que cada comunidade lhe garanta e confira, portanto, cada bem social será diferente do outro, possuindo um processo distributivo próprio, com critérios, métodos e agentes de distribuição próprios, e assim, considera cada esfera distributiva autônoma, e em tese, a justiça distributiva estaria garantida na medida em que não houvesse interferência de esferas distributivas umas nas outras, respeitando o processo interno de cada uma delas.

Entretanto, o próprio autor reconhece que a autonomia de cada uma dessas esferas quase nunca é respeitada, relativizando a autonomia dessas esferas, pois, considera que critérios de distribuição de uma determinada esfera que não deveriam ser considerados, acabam influenciando no processo distributivo, e para exemplificar, pensemos na atual conjuntura e realidade brasileira, quase sempre somos levados a pensar no poder político causando o desequilíbrio nas demais esferas de justiça.

Ao considerar indevida tal interferência de uma esfera distributiva em outra, Walzer passa a identificar os conceitos de monopólio e predomínio dos bens sociais, que serão sucintamente abordados no tópico a seguir.

2.1 PREDOMÍNIO E MONOPÓLIO DOS BENS SOCIAIS

Para Walzer (2003, p. 11) as sociedades atuais, apesar de toda a complexidade de seus arranjos distributivos, ainda se organizam no arquétipo dopadrão-ouro, na qual um bem ou conjunto destes predomina e dita o valor em todas as esferas da distribuição. Como via de consequência, esse bem dominante é monopolizado por aqueles que o possuem. Vejamos:

Chamo um bem de dominante se os indivíduos que o possuem, por tê-lo, podem comandar uma vasta série de outros bens. É monopolizado sempre que apenas uma pessoa, monarca no mundo dos valores – ou um grupo, oligarcas – o mantêm com êxito contra todos os rivais. O predomínio define um modo de usar os bens sociais que não está limitado por seus significados intrínsecos, ou que molda tais significados a sua própria imagem. O monopólio define um modo de possuir ou controlar os bens sociais para explorar seu predomínio.” (WALZER, 2003, p. 11)

No caso dos monopólios dos bens dominantes em uma determinada comunidade, Walzer considera que tal situação converge em um poder de dominação, que acaba por ter consequências em todas as classes de coisas, como por exemplo, prestígio ante a comunidade, oportunidades das mais diversas, dentre outros aspectos.

Na perspectiva comunitarista de Walzer o que aconteceria seria a prevalência de certo tipo de valores no âmbito da política e da moral, os quais poderiam sobrepor-se às pretensões e aos valores das pessoas que, deles, não compartilhassem. Ter-se-ia a anulação das minorias ou de maiorias subordinadas e dominadas por quem monopolizasse ou dominasse um determinado bem social. (WALZER, 2003, p. 04)

Como forma de evitar um eterno conflito social, em que o grupo dominante será constantemente desafiado por outros grupos que contestem tal situação, Walzer propõe duas medidas, que seria combater o monopólio e o combate ao predomínio, e em sua concepção os que defendem o combate ao monopólio se agarram a uma perspectiva de igualdade simples, enquanto os que pretendem o combate ao predomínio se baseiam em uma perspectiva de igualdade complexa.

Assim, para explicar o que seria a igualdade simples, que nada mais é do que a redistribuição de um bem social de forma igualitária entre todos os cidadãos, Walzer utiliza o exemplo dos chapéus a serem distribuídos entre dois cidadãos, e a igualdade simples seria atingida ao passo

em que um cidadão possuísse 14 chapéus, o outro cidadão também recebesse o mesmo número de chapéus. Todavia, o próprio Walzer trata de desacreditar essa possibilidade, pois, manter o equilíbrio e a igualdade nesse contexto, seria praticamente impossível, à medida em que considerem-se os indivíduos de cada comunidade e suas necessidades, que fatalmente criariam novas oscilações, instabilidades e diferenças. Até mesmo para os que advogam a formação de um Estado centralizador, que avocasse para si toda e qualquer decisão e distribuição dos bens sociais, grande seria a probabilidade de que esse estado viesse a falhar na distribuição, especialmente no tocante à premissa da igualdade simples, e tão somente se estaria tirando o monopólio dos grupos sociais e transferindo-o à figura do estado. (WALZER, 2003)

Nesse contexto, Walzer entende que o monopólio por simplesmente existir, não pode ser considerado como prejudicial para a comunidade, mas, o maior problema está justamente no predomínio desse bem social, e a partir dessa noção, o que se buscava evitar, seria justamente o predomínio de um determinado bem social, evitando que os critérios distributivos desse bem social predominante influencie de tal modo na distribuição de outros bens sociais.

Desse modo, entendendo que os monopólios não devem influenciar nos critérios de distribuições dos demais bens sociais, Walzer entabula cada processo de distribuição como sendo uma esfera de justiça, que, porventura, dão nome ao título da sua obra, e cada uma dessas esferas possui o seu próprio critério de distribuição, o seu próprio agente, traduzindo-se na igualdade complexa cunhada pelo autor.

3. AS ESFERAS DA JUSTIÇA

A igualdade complexa, como visto na seção anterior, relaciona-se com as esferas da justiça, e na percepção de Walzer, a justiça se coloca em defesa da diferença. A justiça não é dirigida por um princípio ou diretriz única de distribuição, ao contrário, é autônoma, e a justiça distributiva busca evitar a dominação dos bens sociais, ao considerar motivos claros e internos à comunidade.

Após delimitar os motivos pelos quais se faz necessário respeitar as diversas esferas distributivas, passa-se a analisar a forma como se deve dar a distribuição dos bens sociais dentro de uma comunidade, e na obra em comento (*Esferas da Justiça*) o autor perpassa por no mínimo 11 desses bens, dentre os quais destacam-se a afiliação, segurança e bem-estar social, dinheiro e mercadorias, cargos públicos, trabalho árduo, lazer, educação, parentesco e amor, graça divina, reconhecimento e poder político.

Com o intuito de explorar de forma mais abrangente a teoria comunitarista, e entender um pouco melhor o pensamento do Walzer, elencamos algumas das esferas de justiça para tratar no presente artigo, não por qualquer outra razão que uma escolha despreziosa, abordaremos os aspectos, mesmo que de forma sucinta, os aspectos da esfera do bem-estar social e segurança, dinheiro e mercadorias, e poder político.

3.1 BEM-ESTAR SOCIAL E SEGURANÇA

Segundo Walzer, cabe à comunidade política garantir aos membros da dita comunidade a segurança e o bem-estar social, pois, trata-se de uma questão de necessidade o gozo desses bens sociais. Apenas para melhor ilustrar, considerando que o autor utiliza como parâmetro a comunidade norte-americana, fazendo uma analogia com o contexto brasileiro, a comunidade política é facilmente traduzida pela figura do Estado.

Todavia, ao tratar das necessidades de uma comunidade, mesmo no tocante à segurança e seu bem-estar, não é uma tarefa das mais fáceis, pois, não é possível mensurá-la objetivamente, ou seja, é impossível graduar claramente a hierarquia existente, a prioridade ou mesmo o grau de necessidade.

Partindo do questionamento que surge da informação do parágrafo anterior, Walzer admite que o grau de necessidade, a sua amplitude deve ser discutida dentro da própria comunidade política, são os membros da comunidade que devem, de alguma maneira, deliberar sobre o grau de necessidade, porquanto, não haverá uma única resposta ao questionamento, ante a pluralidade da comunidade, uma vez que o autor considera que o indivíduo sabe exatamente quem é e onde está.

A proposição de Walzer com isso nada mais é do que ratificar que o contrato social deve estar constantemente em discussão pelos membros da comunidade política, com a participação indissociável dos cidadãos membros da comunidade, para que assim possam, a depender do momento histórico, cultural, ou quaisquer outras influências legítimas, definir o grau de necessidade, e o que realmente anseia e deseja a comunidade em termos de padrões de segurança e bem-estar social.

Para Walzer, a distribuição dos bens sociais da segurança e bem-estar social devem ser distribuídos entre os membros de uma comunidade proporcionalmente às suas necessidades, e ele faz uma severa crítica ao sistema americano de assistência médica, que é privado, o que representa uma interferência do critério econômico na esfera do bem-estar, causando o desequilíbrio da referida esfera de justiça, e ainda afirma que o mercado (capitalismo) é o grande adversário do bem-estar social e da segurança.

3.2 DINHEIRO E MERCADORIAS

De início, Walzer ao tratar o dinheiro de forma abstrata, o classifica como a representação do valor de apenas alguns bens sociais, pois, uma outra gama de bens, ele considera que não podem ser mercantilizados, portanto, não podem ser monetizados. Na visão do autor, a mercantilização de determinados bens, tais como os seres humanos, cargos políticos, o amor, o poder político, configura uma invasão nas esferas distributivas, o que levaria a uma situação de predomínio tirânico.

Em algumas das esferas que não podem ser monetizadas, o critério distributivo será a meritocracia ou merecimento, em outros casos também a necessidade, mas, o fato de um indivíduo possuir mais dinheiro do que outro poderia ser o critério distributivo a influir na dita esfera. Tendo feitas as considerações acerca das esferas onde o dinheiro não é e não pode ser o critério distributivo, o autor faz uma análise justa, de onde o dinheiro é o critério distributivo.

O fato é que ninguém tem o direito nato a este ou aquele objeto útil ou agradável, a menos que o tenha fabricado, cultivado, ou que tenha sido fornecido por quem de direito, mediante a contrapartida devida, esta em dinheiro. O dinheiro funciona como escala de equivalência, e meio de troca, e Walzer considera que essas são as únicas funções e tarefas por corretas do dinheiro, porquanto é no mercado que o dinheiro opera, e o mercado está aberto a qualquer um. Em outras palavras, a função do dinheiro e sua importância deveriam restringir-se tão somente à noção de que ele é o meio mais adequado para que um cidadão possa adquirir um objeto que necessite, ou que simplesmente deseje. O problema está no fato de que a riqueza em um determinado instante passa a ter um significado social, dando *status* ao seu possuidor, ao ponto de fazer com o que os indivíduos que não sejam ricos e afortunados, percam inclusive a condição de cidadão. (WALZER, 2003)

Walzer enxerga na esfera do dinheiro (riqueza) como uma das que mais transfere seus critérios distributivos à outras esferas, conduzindo à situações de injustiça social. Assim ele advoga que é necessário diminuir a dinâmica do dinheiro, impedindo que o seu acúmulo tome e tenha outras conotações e significados sociais, não devendo predominar e prevalecer dentro da sociedade, não devendo, por fim, invadir os critérios distributivos das demais esferas.

3.3 O PODER POLÍTICO

A esfera do poder político, sem sombra de dúvidas, é uma das mais atraentes aos olhos de qualquer indivíduo dentro de uma determinada comunidade, pois, é essencial no contexto de uma vida em sociedade. Desde os primórdios os homens desejam e almejam a posse do poder político, e nos dias atuais não seria diferente. Assim, o que se torna imprescindível, pensando no conceito de justiça distributiva, é analisar os critérios de distribuição do poder político dentro da comunidade.

Walzer considera que a esfera do poder político está intrinsecamente ligado à democracia, porque em sua concepção “é mais provável que os diversos grupos de indivíduos sejam respeitados se todos os membros de todos os grupos compartilharem o poder político.” (WALZER, 2003, p. 390) Mais uma vez aqui, o critério de distribuição deve ser aquele que melhor atenda aos interesses da comunidade, que deve ser perseguido através da discussão dentro da referida comunidade.

Nas lições de Walzer, o critério distributivo do poder político precisa passar longe do dinheiro, e deveria estar centrado na argumentação, ou seja, no poder de convencimento, na retórica, na persuasão da fala, e apenas nisso. Ele ainda afirma que o poder político, e consequentemente a democracia, serão monopolizados pelos indivíduos que tenham essas características, e não há alternativa a essa situação, e buscando esteio no início da sua obra, o que podemos imaginar é que o que deve ser evitado é o domínio, que levaria à tirania, inexoravelmente.

Para Walzer é da condição natural dos indivíduos que uns se sobressaiam no campo do poder político, por terem melhor oratória e poder de convencimento, é parte do jogo democrático, sendo tal desigualdade permitida na esfera do poder político. O que não pode ocorrer é a assunção do poder político pelo dinheiro ou riqueza, pela simples transferência por um ente familiar.

Por último, na esfera do poder político o que se distribui e reparte não é o poder em si, mas as oportunidades de ter e exercer o poder, pois, considera que todo cidadão é um político em potencial, porquanto a todos é facultado participar da vida política, traduzindo-se na igualdade complexa na esfera do poder político. Walzer ainda apregoa que quanto maior for a participação do indivíduo na política, maior será a consciência que ele terá de sua cidadania, e maior será o respeito que terá a si próprio (auto respeito).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar os preceitos da doutrina comunitarista e teoria de justiça daí formulada, a partir do seu maior expoente, é possível infirmar que o comunitarismo pode contribuir de forma contundente para o atual debate de justiça social, mesmo considerando que boa parte das proposições de Michael Walzer sejam ainda impraticáveis, especialmente se considerarmos o momento histórico brasileiro, mas, pensando adiante, ele apresenta argumentos fundamentais,

e precisam de uma atenção redobrada por aqueles que pensam as soluções de justiça no plano teórico.

Uma das argumentações que devem ser levadas em conta é o fato de defender os valores e culturas locais de cada comunidade, especialmente se considerarmos os efeitos da globalização, que tendem a padronizar culturalmente o povo, e para se cunhar uma teoria da justiça, é imprescindível garantir e respeitar a tradição cultural de cada comunidade.

Podemos considerar como baluarte da doutrina de Walzer a sua busca inconstante e insaciável na construção do que pode ser chamado de verdadeira cidadania, especialmente por resgatar o espaço público e apregoar de forma uníssona a maior participação dos indivíduos na vida da comunidade, discutindo todo e qualquer aspecto relevante para a vida política.

A democracia e sua continuidade perpassam necessariamente por uma maior participação direta dos cidadãos, e Walzer defende em sua teoria que somente através do debate público é possível conhecer as verdadeiras necessidades da comunidade, de modo a permitir, senão, a concretização da justiça social.

REFERÊNCIAS

ARENDET, Hannah. **A condição humana**; tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer.–. 2005.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: elementos de filosofia constitucional contemporânea. 3ª Edição. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2004.

NOZICK, Robert; TAMAYO, Rolando. **Anarquía, Estado y utopía**. Medellín:Fondo de cultura económica, 1988.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Harvard university press, 2009.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos; HEINEN, Luana Renostro. As esferas de justiça de Michael Walzer como perspectiva de análise doscritérios de distribuição de bens sociais na jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Novos Estudos Jurídicos**, v. 17, n. 2, p. 287-304, 2012.

TAVARES, Felipe Cavaliere. Michael Walzer e as esferas da justiça. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, 2009. Acesso em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2247.pdf . Acesso em 28 nov. 2017

TAVARES, Felipe Cavaliere. O comunitarismo e seu ideal de justiça. **Legis Augustus**, v. 5, n. 1, p. 31-44, 2014.

WALZER, Michael. **Esferas da Justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução Jussara Simões, revisão técnica e da tradução CíceroRomão Dias Araújo. 2003.

WALZER, Michael. **Da tolerância**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

WALZER, Michael. **Política e paixão**: rumo a um liberalismo mais igualitário. SãoPaulo: WMF Martins Fontes, 2008.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

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

EDUCAÇÃO INCLUSIVA COMO DIREITO: UMA ANÁLISE
DA TRAJETÓRIA DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA NO BRASIL
E SEUS DESDOBRAMENTOS ATUAIS

MARIA MARCONIETE FERNANDES PEREIRA
LIZZIE CAROLINE SILVA DE OLIVEIRA PEREIRA

EDUCAÇÃO INCLUSIVA COMO DIREITO: UMA ANÁLISE DA TRAJETÓRIA DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA NO BRASIL E SEUS DESDOBRAMENTOS ATUAIS

INCLUSIVE EDUCATION AS A RIGHT: AN ANALYSIS OF THE HISTORY OF INCLUSIVE EDUCATION IN BRAZIL AND ITS CURRENT DEVELOPMENTS

Recebido: 25/11/2022
Aprovado: 03/01/2023

Maria Marconiete Fernandes Pereira¹
Lizzie Caroline Silva de Oliveira Pereira²

RESUMO:

Este artigo parte da premissa de que a educação necessariamente precisa ser inclusiva, para que possa ser considerada um direito de todos. É oportuno lembrar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela ONU, em 1948, foi um divisor no entendimento acerca da responsabilidade estatal na oferta de uma educação de qualidade. Até então, tinha um caráter de acolhimento terapêutico e de instrução. Consolidaram esse novo entendimento as Declarações e Convenções posteriores. A análise do tema será feita a partir de uma abordagem histórico-normativa. Além disso, serão enfocadas as normas das constituições brasileiras sobre a educação inclusiva, culminando com a Constituição Federal de 1988 que pontuou os ideais de igualdade e dignidade humana. Nesse contexto, pretende-se demonstrar o significado da expressão “inclusão escolar”, destacando-se os principais aspectos norteadores da política nacional de educação inclusiva, no período de 2008 e 2020. Tratando-se de pesquisa qualitativa, será feita uma abordagem bibliográfica e documental, por meio do método dedutivo. No desenvolvimento do trabalho, a educação inclusiva será compreendida como um sistema de cooperação social.

Palavras-chave: Educação inclusiva. Constituições brasileiras. Políticas públicas.

ABSTRACT:

This article is based on the premise that education must necessarily be inclusive if it is to be considered a right for all. It is worth remembering that the Universal Declaration of Human Rights, proclaimed by the UN in 1948, was a turning point in the understanding about the State's responsibility in providing quality education. Until then, it had a therapeutic and instructional character. This new understanding has been consolidated by subsequent Declarations and Conventions. The analysis of the theme will be made from a historical-normative approach. In

¹ Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (2014). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (2009), área de Concentração em Direito Econômico. Especialista em Contabilidade e Auditoria Pública pela Universidade Federal da Paraíba (1998). Graduada em Ciências Contábeis pela Universidade Federal de Pernambuco (1990). Graduada em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (2005). Auditora de Contas Públicas - Controladoria Geral do Estado/PB (1995). Advogada. Professora Titular de Direito Tributário da UNIPÊ. Experiência em Direito Público, com ênfase em Direito Administrativo, Ambiental, Econômico, Regulatório e Tributação Indutora, atuando principalmente nos seguintes temas: Licitações e Contratos Administrativos, Concessões, Parcerias Público-Privadas, Análise Econômica de Direito, Direito e Novas tecnologias, Sustentabilidade. E-mail: mmarconiete@gmail.com

² Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito/Mestrado do Centro Universitário de João Pessoa. Advogada. E-mail: lizzie.caroline@live.com

addition, the norms of the Brazilian constitutions on inclusive education will be focused on, culminating with the Federal Constitution of 1988, which punctuated the ideals of equality and human dignity. In this context, it is intended to demonstrate the meaning of the term “school inclusion”, highlighting the main guiding aspects of the national policy of inclusive education in the period 2008 and 2020. Since this is a qualitative research, a bibliographic and documentary approach will be used, using the deductive method. In the development of the work, inclusive education will be understood as a system of social cooperation.

Keywords: Inclusive education; Brazilian constitutions, public policies

INTRODUÇÃO

A desigualdade educacional brasileira reflete os problemas verificados na exclusão social, os quais afetam, sobretudo, o processo de aprendizagem. Há uma urgência na inserção da educação inclusiva no sistema educacional brasileiro. Essa medida é fundamental para assegurar, de maneira eficaz, o direito fundamental de acesso à educação. A garantia da educação inclusiva representa um dos grandes desafios no processo de aprendizagem na educação escolar. Nesse sentido, é importante destacar que a educação é o instrumento capaz de conduzir as pessoas a desenvolver suas capacidades e garantir uma melhor qualidade de vida. O direito à educação inclusiva deve entrar na pauta de discussões, tendo em vista sua inegável potencialidade para promover o pleno desenvolvimento humano e social.

Nessa perspectiva, convém registrar a grande contribuição da Organização das Nações Unidas (ONU) no intuito de estimular uma nova visão sobre a temática. Ela consta como um dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), que é assegurar a educação inclusiva, equitativa e de qualidade, propiciando oportunidades de aprendizagem para todos. No Brasil, destaca-se como uma das metas a ser plenamente cumprida até 2030. O objetivo é garantir acesso à educação de qualidade e de forma equitativa para que se possam cumprir as diretrizes estabelecidas nas declarações da ONU, no campo educacional.

Como se sabe, as desigualdades sociais no Brasil configuram as maiores barreiras de acesso à educação, notadamente a inclusiva, evidenciando-se como um problema histórico. O século XVI trouxe diversas mudanças nos aspectos político, social, religioso e cultural. A educação passou a ter uma concepção mais libertária, racionalizada e instrumentalizada. Essa nova perspectiva foi recepcionada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 1789, ao proclamar que “toda pessoa tem direito à educação”. Contudo, somente após dois séculos, foram iniciadas as discussões acerca da educação inclusiva, com a criação das primeiras escolas públicas de atendimento a pessoas com deficiência. A proposta, inicialmente, não era propriamente educacional, estando mais voltada ao tratamento, apoio e acolhimento dessas pessoas.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 prescreve, no art. 205, que a educação é um “direito de todos”. No inciso III do art. 208, garante o “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”. Em 1994, a Conferência Mundial sobre Educação Especial, realizada na cidade de Salamanca, Espanha, ampliou o conceito de educação especial. Essa nova visão contribuiu para impulsionar a política nacional de educação especial no Brasil. Serviu também de inspiração durante o processo de criação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394, promulgada em 1996.

O objetivo do presente artigo é examinar se o acesso à educação favorece a igualdade de condições, prevista constitucionalmente, contribuindo para assegurar o direito à inclusão.

Como objetivo geral, pretende-se demonstrar que a ampliação do acesso à educação vem sendo garantida pela legislação brasileira, com vista a assegurar e a promover o exercício dos direitos fundamentais necessários para efetivamente garantir a inclusão social e educacional. A abordagem do tema será feita com base em pesquisa bibliográfica, a partir informações e dados relativos à educação no âmbito internacional e brasileiro, numa contextualização histórica. Será aplicado o método dedutivo na análise das informações que dizem respeito às políticas públicas para a promoção da equidade social necessária à inclusão educacional.

1. PERCURSO NORMATIVO EDUCACIONAL INCLUSIVO

Para que se possa compreender a evolução jurídica no campo da educação inclusiva, é necessário resgatar a trajetória da educação em geral que, inicialmente, tinha o objetivo de apenas instruir. Segundo análise de Monteiro (1999), a instrução não representava completamente o direito à educação. Esse aspecto é evidenciado, quando se analisam as escolas brasileiras criadas no século XIX, como o Instituto dos Meninos Cegos (depois denominado Instituto Benjamin Constant) e o Instituto dos Surdos-Mudos (atual Instituto Nacional de Educação de Surdos), ambos localizados na cidade do Rio de Janeiro. Possuíam uma finalidade mais de acolhimento terapêutico do que de educação propriamente dita.

Após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948, criou-se uma nova percepção de que a educação não deve limitar-se apenas ao objetivo institucional. Mais do que isso, deve promover os valores morais, o preparo para o exercício da cidadania, a cultura e a integração entre os povos, conforme assinala no item 26.2

A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do ser humano e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz (UNICEF, 1948).

Segundo orienta, a educação tem, entre seus objetivos, o dever de contribuir para a garantia e consolidação dos direitos fundamentais da pessoa humana. Além disso, deve incentivar a “compreensão, a tolerância e a amizade” entre os grupos raciais e religiosos, auxiliando as Nações Unidas na preservação da paz (UNICEF, 1948).

Novos documentos internacionais foram escritos e publicados, fortalecendo os objetivos da educação. Dentre eles, destaca-se a Declaração aprovada na Conferência Mundial de Educação para Todos, realizada em 1990, em Jomtiem, Tailândia. O documento final, intitulado Declaração Mundial sobre a Educação para Todos, apresenta uma proposta inovadora para a educação, exposta no art. 1º, item 1º “Cada pessoa – criança, jovem ou adulto – deve estar em condições de aproveitar as oportunidades educativas voltadas para satisfazer suas necessidades básicas de aprendizagem”. Merece também destaque a Conferência Mundial de Necessidades Educativas Especiais, realizada pela UNESCO em 1994, sendo promulgada a Declaração de Salamanca. Em um dos seus itens, estimula os Estados signatários a incluírem pessoas com deficiência no sistema educacional.

A Declaração de Salamanca é um documento reconhecidamente importante no que se refere à educação inclusiva. Os Estados signatários reafirmaram o compromisso de oferecer uma educação para todos, assegurando que as pessoas com deficiência seriam incluídas na rede regular de ensino, conforme se depreende do seguinte fragmento:

Aqueles com necessidades educacionais especiais devem ter acesso à escola regular, que deveria acomodá-los dentro de uma Pedagogia centrada na criança, capaz de satisfazer a tais necessidades, escolas regulares que possuam tal orientação inclusiva constituem os meios mais eficazes de combater atitudes discriminatórias criando-se comunidades acolhedoras, construindo uma sociedade inclusiva e alcançando educação para todos; além disso, tais escolas provêm uma educação efetiva à maioria das crianças e aprimoram a eficiência e, em última instância, o custo da eficácia de todo o sistema educacional.” (SALAMANCA, 1994)

Por fim, a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação da Pessoa Portadora de Deficiência foi ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 3.956, de 2001. Seu objetivo principal é combater e eliminar a discriminação contra as pessoas com deficiência, buscando garantir sua inclusão na sociedade.

2. MACROSSISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: AS CONSTITUIÇÕES E A EDUCAÇÃO INCLUSIVA

Em paralelo aos regramentos internacionais, faz-se necessário destacar a referência ao tema nas Constituições brasileiras. A garantia do direito à educação no texto constitucional está intimamente ligada às características políticas da época. Na Constituição de 1824, identifica-se um cenário de independência e consolidação do Brasil como uma nação soberana. No art. 179, incisos XXXII e XXXIII, preceituava que a educação, oferecida como instrução (primária e gratuita), era um direito de todos os cidadãos brasileiros. A esse respeito, assinalam Braga; Feitosa (2016, p. 45):

Inobstante a menção à educação no texto constitucional, mesmo sem a indicação de políticas de promoção da educação que demonstrassem ruptura com a dinâmica colonial, constata-se o caráter reducionista da garantia de instrução básica, na medida em que grande parte da população brasileira era composta por escravos.

Como resultado das críticas à precariedade do ensino no Império, foi promulgada em 1827, uma lei dispoendo sobre a criação de escolas, contendo determinações gerais sobre a educação. A lei determinava que, nos locais mais habitados, fossem criadas escolas de primeiras letras (BRASIL, 1827). Os professores deveriam ensinar leitura e escrita, noções de matemática e geometria, bem como princípios religiosos referentes à doutrina, da Igreja Católica Apostólica Romana. Abordando a temática, esclarecem Braga; Feitosa (2016, p. 328): “Essa lei pode ser considerada a primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação no Brasil, tendo tratado, em seus dezessete artigos, de questões diversas da educação”.

A Constituição de 1891 foi promulgada como consequência da Proclamação da República, acolheu o anseio da sociedade por uma transformação no âmbito educacional. Um ano antes do advento da constituição republicana por inspiração de Benjamin Constant, militar, professor e dirigiu o Instituto Meninos Cegos (que hoje leva seu nome), foram publicados os Decretos nº 891/1890 e nº 1.075/1890, dispoendo sobre o regulamento de instrução primária e secundária do Distrito Federal, respectivamente. No ano seguinte, foi publicado o Decreto nº 1.232-G/1891 instituindo o Conselho de Instrução Superior, com importantes inovações, expondo uma “preocupação mais ostensiva com a formação científica” (VIEIRA, 2007). A reforma é marcada pela laicidade, que influencia também na educação. Acrescentam Braga; Feitosa (2016) que a falta de instituições de ensino fundamental implica não apenas a negação do direito à educação, mas o bloqueio do direito ao voto”.

Em 1930, foram identificados diversos movimentos sociais que influenciaram a educação. Houve um desencadeamento de transformações educacionais por parte dos estados, estimulando a criação do Ministério da Educação e Saúde. Quatro anos depois, a Constituição de 1934 trouxe uma importante inovação ao introduzir um capítulo próprio para a educação e cultura. Segundo previa, era responsabilidade dos estados criar e manter escolas primárias gratuitas, sendo a educação também responsabilidade da família. A Constituição de 1937 trouxe uma mudança de paradigma com relação à Constituição anterior, ao prescrever, no art. 125, que a “educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais” (BRASIL, 1937). A Constituição de 1937 também previu a contribuição financeira dos pais na educação, como um dever de solidariedade “dos menos necessitados, para com os mais necessitados” (art. 130).

Em consequência da queda do governo de Getúlio Vargas, em 1945, fazendo com que Eurico Gaspar Mendes assumisse o poder. Em 1946, foi promulgada uma nova Constituição, não trazendo alterações significativas em relação à Constituição de 1937. Um aspecto inovador foi a criação, no art. 172, dos serviços de assistência educacional que “assegurem aos alunos necessitados condições de eficiência escolar” (BRASIL, 1946). Merece referência especial o fato de que, na vigência da Constituição de 1946, foi criada a primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei nº 4.024 de 20 de dezembro de 1961. Seu texto consolidava o pressuposto de que a educação é um direito de todos, que deve ser assegurado pelo poder público e a iniciativa privada, em todos os graus de ensino. Estabeleceu como dever do Estado prover as famílias necessitadas de recursos necessários. Certamente, a mais importante inovação do texto constitucional foi garantir educação para pessoas com deficiência, como forma de inclusão na sociedade.

No contexto de ditadura militar foi promulgada a Constituição de 1967, a qual não trata, especificamente, sobre educação para pessoas com deficiência. Contudo, na reforma do texto constitucional, feita pela Emenda nº 1, de 1969, previa-se a educação para “excepcionais”. O §4º do art. 175 assim dispunha: “Lei especial disporá sobre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sobre a educação de excepcionais”. Nove anos depois, a Emenda Constitucional nº12, de 1978, ampliou os direitos das pessoas com deficiência, prescrevendo:

Artigo único. É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante:

I - educação especial e gratuita;

II - assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país;

III - proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários;

IV - possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.

Analisando-se os textos das constituições citadas, percebe-se o reconhecimento da importância da educação inclusiva, mas seu gerenciamento normativo era pouco representativo. Somente a partir da Constituição Federal de 1988, com o processo de redemocratização, foram reconhecidos de forma explícita os direitos das pessoas com deficiência, criando-se novas e promissoras perspectivas.

A Carta Magna de 1988, conhecida como Constituição cidadã, reconhece, no art. 203, “a educação como direito de todos e dever do Estado e da família”, como um direito social. Já no art. 1º, que trata dos princípios fundamentais, destaca a “dignidade da pessoa humana”. Dispõe, no inciso V do art. 23, que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: “proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação”. No inciso III do art. 208, determina como dever do Estado o “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”. Com essa medida, amplia o conceito de dignidade da pessoa humana, influenciando as legislações e políticas públicas posteriores (BRAGA; FEITOSA, 2016).

3. MICROSSISTEMA JURÍDICO SOBRE EDUCAÇÃO INCLUSIVA

Em 1990, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069. O art. 53 prescreve que a criança e o adolescente têm direito à educação visando ao seu pleno desenvolvimento e preparação para o exercício da cidadania. O art. 54, inciso III, garante o “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”.

Em 1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394), unificou as modalidades de ensino, consignando por uma inclusão escolar efetiva. No caso da educação especial, estabelece alguns direcionamentos sobre o atendimento aos alunos que tenham deficiência, transtornos globais de desenvolvimento ou demonstrem alto grau de habilidade precoce, prescrevendo, no art. 59:

Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação:

I - currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para **atender às suas necessidades;**

II - terminalidade específica para aqueles que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental, em virtude de suas deficiências, e aceleração para concluir em menor tempo o programa escolar para os superdotados;

III - **professores com especialização adequada em nível médio ou superior**, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular **capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns;**

IV - educação especial para o trabalho, visando a sua efetiva integração na vida em sociedade, inclusive condições adequadas para os que não revelarem capacidade de inserção no trabalho competitivo, mediante articulação com os órgãos oficiais afins, bem como para aqueles que apresentam uma habilidade superior nas áreas artística, intelectual ou psicomotora;

V - acesso igualitário aos benefícios dos programas sociais suplementares disponíveis para o respectivo nível do ensino regular (grifo nosso, BRASIL, 1996).

A lei tem uma importância singular no processo de base para diversas ações normativas da União, dos estados e municípios com relação a educação gratuita e para todos.

O direito à educação inclusiva para pessoas com deficiência foi ampliado com a promulgação da Lei de Libras (Lei 10.436/2002). Sem dúvida, tornou-se um marco para os surdos, até então, excluídos do processo educacional brasileiro. Com a lei, a linguagem de sinais ganhou grande relevância. Além da atividade de ensino, é utilizada em eventos sociais e oficiais. Dispõe o art. 4º da Lei nº 10.436:

O sistema educacional federal e os sistemas educacionais estaduais, municipais e do Distrito Federal devem garantir a inclusão nos cursos de formação de Educação Especial, de Fonoaudiologia e de Magistério, em seus níveis médio e superior, do ensino da Língua Brasileira de Sinais - Libras, como parte integrante dos Parâmetros Curriculares Nacionais - PCNs, conforme legislação vigente.

Por sua vez, a língua portuguesa e libras não possuem ligação, por suas diretrizes e normas diferenciadas, o art. 14 do Decreto nº 5.626 de 2005, que a regulamenta, dispõe:

As instituições federais de ensino devem garantir, obrigatoriamente, às pessoas surdas acesso à comunicação, à informação e à educação nos processos seletivos, nas atividades e nos conteúdos curriculares desenvolvidos em todos os níveis, etapas e modalidades de educação, desde a educação infantil até à superior.

Em 2007, a ONU promulgou o texto final da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. O documento foi ratificado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 186, de 2008, com o propósito de pôr em prática os direitos das pessoas com deficiência. Essas pessoas ainda sofrem preconceito e merecem ter seus direitos assegurados. O principal objetivo da Convenção é conscientizar a sociedade e as famílias acerca da inclusão das pessoas com deficiência, de modo a assegurar seu engajamento social. Esta, não se sustenta apenas com benesses, mas sim, com entrega e empenho, de todos que convivem entre si. No item 2 do art. 24, a Convenção enfatiza:

2. Para a realização desse direito, os Estados-Partes assegurarão que:

- a) as pessoas com deficiência **não sejam excluídas do sistema educacional** geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência;
- b) as pessoas com deficiência **possam ter acesso ao ensino primário inclusivo**, de qualidade e gratuito, e **ao ensino secundário, em igualdade de condições** com as demais pessoas na comunidade em que vivem;
- c) **adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas**;
- d) as pessoas com deficiência **recebam o apoio necessário**, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação;
- e) **medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas** em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena (grifo nosso).

O texto da Convenção proclama um “sistema educacional inclusivo em todos os níveis”. As escolas devem reconhecer que cada aluno, com sua trajetória, história e fragilidades, é um indivíduo que, apesar de suas peculiaridades precisa ser integrado ao sistema de ensino. Cabe à escola oferecer um modelo de aprendizagem acessível e inclusivo, contribuindo para que os alunos com deficiência se sintam seguros e acolhidos, e aprenda com mais alegria, com respeito e entenda sobre cooperação e amizade (CORDE, 2008).

Inspirada na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, foi promulgada em 2015, a Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146), conhecida também como Estatuto da Pessoa com Deficiência. Apesar de ter suas bases na Convenção, a lei apresenta as características da sociedade brasileira. Seu texto consolida as outras normas já existentes sobre inclusão de pessoas com deficiência na legislação brasileira, especialmente no Código Civil, no Código Eleitoral, na Consolidação das Leis Trabalhistas, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de Libras.

O parágrafo único do art. 27 da Lei nº 13.146/2015 dispõe: “É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação” (BRASIL, 2015). Convém ressaltar que o citado diploma legal não estabelece obrigatoriedade da matrícula de alunos com deficiência na rede regular de ensino, admitindo ainda sua matrícula nas escolas especiais. Esse problema será abordado no tópico que trata da política nacional de educação especial. Apesar dessa lacuna, a Lei de Inclusão determina que as pessoas com deficiência tenham uma educação inclusiva, respeitando-se suas características e individualidades, dispondo no art. 28:

Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

[...]

III - projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado, assim como os demais serviços e adaptações razoáveis, para atender às características dos estudantes com deficiência e garantir o seu pleno acesso ao currículo em condições de igualdade, promovendo a conquista e o exercício de sua autonomia;

Designando, que o Poder Público, instaure projeto pedagógico, compondo o atendimento educacional especializado nas escolas, além do que for necessário para atender o estudante que tenha deficiência, salvaguardando a igualdade curricular. Além do mais, a Lei também indica que as instituições privadas devem executar as políticas de inclusão, como também proporcionando o atendimento educacional especializado, sem cobrar nenhum valor a mais por isso.

4. INCLUSÃO ESCOLAR: DEFINIÇÃO NECESSÁRIA

Após analisar o percurso histórico-jurídico da educação inclusiva, é oportuno demonstrar o significado do termo “inclusão escolar”. É definida como a inclusão de pessoas que não estavam inseridos no ambiente escolar. Porém, o significado é mais abrangente, na medida em que quebra paradigmas. De acordo com a Declaração de Salamanca, demonstra a integração e inclusão são extremamente importantes para a dignidade humana, acrescentando “a integração de crianças e jovens com necessidades educacionais especiais é melhor alcançada dentro de escolas inclusivas, que servem a todas as crianças dentro da comunidade” (UNESCO, 1994). Nesse sentido, esclarece:

Escolas inclusivas devem reconhecer e responder às necessidades diversas de seus alunos, acomodando ambos os estilos e ritmos de aprendizagem e assegurando uma educação de qualidade a todos através de um currículo apropriado, arranjos organizacionais, estratégias de ensino, uso de recurso e parceria com as comunidades. (UNESCO, 1994)

Mantoan (2003) apresenta a diferença entre integração e inclusão. A primeira refere-se à inserção dos alunos em escolas comuns ou em escolas destinadas a pessoas com deficiência. Esses alunos têm diversas alternativas educacionais, tanto no ensino regular quanto no ensino especial. No caso da integração, nem todos os alunos se encaixam no mesmo sistema, seja por uma prévia seleção, seja pela deficiência da escola para suprir as dificuldades de aprendizado. Sobre essa questão, anota Mantoan (2003, p. 16), que: “Em suma: a escola não muda como um todo, mas os alunos têm de mudar para se adaptarem às suas exigências.”

Já a inclusão depende de políticas públicas, da estrutura necessária à educação especial, de equipamentos e da própria integração. A inclusão é mais abrangente, tendo em vista que pressupõe adaptações no sistema institucional, de modo que os alunos tenham acesso às salas regulares de ensino. Observe-se também que a inclusão, não é direcionada apenas aos alunos com deficiência, mas a todos aqueles que integram o sistema educacional, conforme assinala Mantoan, (2003, p. 16).

Na perspectiva inclusiva, suprime-se a subdivisão dos sistemas escolares em modalidades de ensino especial e de ensino regular. As escolas atendem às diferenças sem discriminar, sem trabalhar à parte com alguns alunos, sem estabelecer regras específicas para se planejar, para aprender, para avaliar (currículos, atividades, avaliação da aprendizagem para alunos com deficiência e com necessidades educacionais especiais).

A inclusão causaria um impacto no sistema educacional, diferente da integração, os alunos não precisariam se adaptar as escolas, mas elas, se adaptariam as suas diferenças, diminuindo a segregação e conseqüentemente a evasão escolar.

5. POLÍTICA NACIONAL DE EDUCAÇÃO ESPECIAL

O lançamento da nova Política Nacional de Educação Especial (PNEE), em 30 de setembro de 2020, dividiu opiniões, sobre as novas propostas apresentadas pelo Ministério da Educação. A matéria possui inegável relevância e urgência. De acordo com o censo do IBGE, realizado em 2010, cerca de 46 milhões de pessoas, no Brasil, declararam ter algum tipo de dificuldade, no exercício de suas capacidades ou apresentam algum grau de deficiência mental ou intelectual. Segundo dados divulgados no portal do Ministério da Educação, em 2015, o número de matrículas de pessoas com deficiência aumentou cerca de 400% no período de 2003 a 2014. Justificou-se esse aumento como resultado das políticas públicas de inclusão, bem como as normativas específicas.

Pergunta-se: Por que a nova política nacional foi objeto de questionamento, quando comparada àquela adotada em 2008? Inicialmente, cabe destacar que a Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva (PNEEPEI), de 2008, não possui característica normativa, não constando, portanto, no ordenamento jurídico. É resultado de um estudo realizado por diversos profissionais da área, depois divulgado no portal do Ministério da Educação. Já a Política Nacional de Educação Especial (PNEE) foi criada pelo Decreto nº 10.502, de 2020, integrando o ordenamento jurídico brasileiro.

O art. 16 do Decreto nº 10.502/20 estabelece que cabe ao Conselho Nacional de Educação aprovar as diretrizes nacionais de educação especial. Com relação ao profissional de atendimento educacional especializado (AEE), a PNEEPEI de 2008 não exigia que fosse especialista em uma área específica. Seu papel era identificar as necessidades do aluno para ser inserido no atendimento educacional especializado. Por sua vez, o PNEE de 2020 complementa a política anterior, exigindo a atuação de especialista em cada área específica.

No que diz respeito à avaliação pedagógica, o PNEEPEI dá ênfase ao “o processo dinâmico do conhecimento prévio e no nível atual do desenvolvimento do aluno”, com base nas intervenções do professor. Já o inciso IV do Decreto nº 10.502, que criou o PNEE, determina que a avaliação seja feita com base no “plano de desenvolvimento individual e escolar”. Trata-se de um aspecto relevante, visto que o desempenho do aluno será avaliado a partir dos métodos pedagógicos, permitindo, dessa forma, uma avaliação do sistema educacional de forma integrada (LACERDA, 2020).

Outro aspecto diferenciado das duas políticas é que o PNEEPEI de 2008 exigia a obrigatoriedade de inclusão, na rede regular de ensino, de qualquer aluno com deficiência, determinando, na prática, a extinção das escolas especiais. Já de acordo com PNEE, essa decisão deve ser “orientada pela avaliação biopsicossocial e na escola por uma equipe multiprofissional e interdisciplinar”. Esta decisão normativa com a exigência recebeu inúmeras críticas, por entender que impossibilita o acesso e participação de educação comum (ABRASCO, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessidade de criação de leis garantidoras da educação inclusiva foi negligenciada por muitos anos. A preocupação inicial limitava-se a aprovar medidas voltadas ao acolhimento. Essa perspectiva só veio mudar, após a promulgação de diversas declarações e convenções internacionais sobre o tema. A Constituição de 1988 tornou-se um importante marco legislativo, ao preceituar que a educação é um direito de todos, sem distinção de qualquer natureza.

Não se pode deixar de reconhecer a necessidade e a importância da educação inclusiva, conforme foi assinalado, existem cerca de 45 milhões de pessoas no Brasil que declararam

possuir alguma deficiência, representando 25% da população brasileira. No processo de inclusão educacional, devem ser reconhecidas e valorizadas as diferenças e peculiaridades de cada indivíduo. É preciso tratar as pessoas com deficiência de acordo com suas necessidades individuais, assegurando-lhes a dignidade e o respeito, requisitos caracterizadores da dignidade humana.

Contudo, para que esse direito seja efetivado, é necessária uma conscientização da sociedade. Políticas públicas eficientes devem garantir a inclusão, quebrando o paradigma de uma educação engessada, que não respeita as diferenças. As políticas nacionais de educação inclusiva trouxeram medidas relevantes, mas que precisam ser aprimoradas. O processo de inclusão deve ser constantemente avaliado, para que possam ser feitas as necessárias mudanças. Convém, por fim, enfatizar que a educação deve ser tratada como um direito inerente a toda pessoa. Esse pressuposto é fundamental para que a luta por uma sociedade mais inclusiva, justa e igualitária.

REFERÊNCIAS

BRAGA, J. de C. F.; FEITOSA, G. R. P. Direito à educação da pessoa com deficiência: transformações normativas e a expansão da inclusão no Brasil. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, 2016, 4(8), p.310-370. <https://doi.org/10.21527/2317-5389.2016.8.310-370>.

BRASIL. **Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência comentada**. Coordenação de Ana Paula Crosara de Resende e Flavia Maria de Paiva Vital. Brasília : Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (1824)**. BRASÍLIA, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao024.htm. Acesso em 16 set. 2021.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (1891)**. BRASÍLIA, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao091.htm. Acesso em 16 set. 2021.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (1934)**. BRASÍLIA, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao034.htm. Acesso em 16 set. 2021.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (1937)**. BRASÍLIA, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao037.htm. Acesso em 16 set. 2021.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (1946)**. BRASÍLIA, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao046.htm. Acesso em 16 set. 2021.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1967)**. BRASÍLIA, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao067.htm. Acesso em 16 set. 2021.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988)**. BRASÍLIA, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 16 set. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 3.956, de 08 de outubro de 2001**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm. Acesso em 14 set. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 7.611, de 17 de novembro de 2011**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7611.htm. Acesso em 14 set. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L4024.htm. Acesso em 14 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.853, de 25 de outubro de 1989**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7853.htm. Acesso em 17 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.060, de 13 de julho de 1990**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 17 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em 17 set. 2021.

BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução CNE/CEB 2, de 11 de setembro de 2011**. Diário Oficial da União, Brasília, 14 set. 2011b. Seção 1E, p. 39-40.

BRASIL. Ministério da Educação. **Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica**. Secretaria de educação especial; MEC; SEESP, 2001a.

BRASIL. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Básica. **Resolução CNE/CEB 2/2001**. Diário Oficial da União, Brasília, Seção 1E, p. 39-40, 14 de setembro de 2001b.

BRASIL. IBGE. (org.). **Conheça o Brasil – pessoas com deficiência**. Disponível em <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/20551-pessoas-com-deficiencia.html> Censo demográfico 2010: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Acesso em 25 set. 2021.

CARTOLANO, Maria Teresa Penteado. Benjamin Constant e a instrução pública no início da República. 1994. 288 f. Tese (Doutorado). Curso de Doutorado em Educação, **Universidade Estadual de Campinas**, Campinas, 1994. Disponível em <http://repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/253259>. Acesso em 10 set. 2021.

CURY, Carlos Roberto Jamil. **Cidadania republicana e educação: governo provisório do marechal Deodoro e Congresso Constituinte de 1890-1891**. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2001.

LACERDA, Lucelmo. **Material de apoio do curso “Educação Especial Inclusiva: conceitos, evidências e práticas contemporâneas”**. Luna ABA, 2020. 2:56:34. Disponível em ><https://www.youtube.com/watch?v=ZS4cv9-MSxs><. Acesso em 20 set. 2022.

MANTOAN, Maria Teresa Eglér. **Inclusão escolar: O que é? Por quê? Como fazer?** São Paulo: Moderna, 2003.

MEC. **Declaração de Salamanca sobre princípios, política e prática em educação especial.** 1994. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>. Acesso em 17 set. 2021

MONTEIRO, Agostinho dos Reis. **O direito à educação.** Lisboa: Ed. Livros Horizonte, 1999.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. Educação e cidadania: o direito à educação na Constituição de 1988 da República Federativa do Brasil. 1995, p. 68. Tese (Doutorado). **Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo**, 1995.

ONU. **ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS.** Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em <www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em 17 set. 2021.

PEREIRA, Vanessa Alves. Inclusão escolar: histórico e análise das garantias legais da pessoa com deficiência. **Revista Científica Novas Configurações – Diálogos Plurais, Luziânia**, v. 1, n.1, p. 21-33, 2020. <https://doi.org/10.4322/2675-4177.2020.004>.

ROPOLI, Edilene Aparecida *et al.* **A educação especial na perspectiva da inclusão escolar. A escola comum inclusiva.** Brasília: Ministério da Educação; Secretaria de Educação Especial, 2010.

VIEIRA, Sofia Lerche. **História da educação no Ceará: sobre promessas, fatos e feitos.** Fortaleza: Edições Demócrito Rocha, 2002.

VIEIRA, Sofia Lerche. **A educação nas constituições: Brasil e Ceará.** Fortaleza: Importec, 2007.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

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

A GESTÃO ECONÔMICA DAS COMMODITIES NA ÍNDIA E
NO BRASIL EM FACE DO DIREITO AMBIENTAL

CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO

VOLUME 13 | NÚMERO 2 | JUL/DEZ 2022

A GESTÃO ECONÔMICA DAS COMMODITIES NA ÍNDIA E NO BRASIL EM FACE DO DIREITO AMBIENTAL

THE ECONOMIC MANAGEMENT OF COMMODITIES IN INDIA AND BRAZIL IN VIEW OF ENVIRONMENTAL LAW

Recebido: 11/08/2022
Aprovado: 01/01/2023

Celso Antonio Pacheco Fiorillo¹

RESUMO:

Países estruturados juridicamente de forma democrática, possuidores de grande população, com grande área territorial, muitos recursos naturais, importante economia, mas de pobreza persistente e corrupção generalizada, a Índia e o Brasil guardam compatibilidade no que se refere à gestão de suas commodities em face de um sistema normativo constitucional superiormente definido por uma ordem econômica balizada pelos princípios constitucionais ambientais da prevenção, precaução e do poluidor pagador. Destarte a gestão das commodities na Índia e no Brasil está bem adaptada à tutela jurídica de uma agricultura e pecuária regradas constitucionalmente no sentido de harmonizar a ordem econômica orientada para o desenvolvimento sustentável em proveito da sadia qualidade de vida de suas populações.

Palavras-chave: Commodities. Ordem Econômica Constitucional. Direito ambiental Constitucional. Brasil. Índia.

29

ABSTRACT:

Countries legally structured in a democratic way, with large populations, with large land area, many natural resources, important economy, but persistent poverty and widespread corruption, India and Brazil are compatible with regard to the management of their commodities in the face of of a constitutional normative system superiorly defined by an economic order guided by the environmental constitutional principles of prevention, precaution and the polluter pays. Thus, the management of commodities in India and Brazil is well adapted to the legal protection of a constitutionally regulated agriculture and livestock in order to harmonize the economic order oriented towards sustainable development in favor of the healthy quality of life of their populations.

Keywords: Commodities. Constitutional Economic Order. Constitutional environmental law. Brazil. India.

¹ Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais. Professor da Escola da Magistratura Federal da 1ª Região (AMAZONIA LEGAL/BRASIL) é Director Académico do Congresso de Derecho Ambiental Contemporáneo España/Brasil-Universidade de Salamanca(ESPANHA) e Miembro del Grupo de Estudios Procesales de la Universidad de Salamanca-Grupo de Investigación Reconocido IUDICIUM(ESPANHA). Chanceler da Academia de Direitos Humanos é professor convidado visitante da Escola Superior de Tecnologia do Instituto Politécnico de Tomar(PORTUGAL) E-mail: celsofiorillo@uol.com.br

INTRODUÇÃO

Segundo país mais populoso, sétimo maior em área geográfica e a democracia mais populosa do mundo a Índia é a quinta maior economia do planeta², possuindo um PIB de US \$ 2,87 trilhões em 2019³ sendo sua economia “uma mistura de agricultura tradicional de vilas e artesanato, juntamente com uma indústria moderna em expansão e agricultura mecanizada”⁴.

Possuidora “de carvão (quarta maior reserva do mundo⁵), antimônio, minério de ferro, chumbo, manganês, mica, bauxita, elementos de terras raras, minério de titânio, cromita, gás natural, diamantes, petróleo, calcário e terras aráveis”⁶ e concebida como grande exportadora de serviços de tecnologia e terceirização de negócios, representando o setor de serviços “uma grande parte de sua produção econômica”⁷, a “liberalização da economia da Índia desde a década de 1990 impulsionou o crescimento econômico”.

Daí o Supremo Tribunal da Índia entender que “Na expansão da atividade econômica na economia liberalizada, a Parte IV da Constituição impõe não apenas ao Estado e seus instrumentos, mas até mesmo às indústrias privadas, para garantir a segurança do trabalhador e fornecer instalações e oportunistas para a saúde e o vigor do trabalhador assegurados na disposição pertinente da parte IV que são parte integrante do direito à igualdade ao abrigo do artigo 21.º que são direitos fundamentais do trabalhador. A interpretação das disposições da Lei, portanto, deve ser lida à luz não apenas dos objetos da Lei, mas também dos direitos constitucionais e fundamentais e humanos mencionados anteriormente.”⁸

Todavia “a regulamentação comercial inflexível, a corrupção generalizada⁹ e a pobreza persistente representam desafios”¹⁰ para a sua expansão contínua.

Assim dentro de uma conjuntura em que a agricultura tradicional de vilas e artesanato da Índia convive com uma indústria moderna em expansão e agricultura mecanizada, é útil pesquisar em face do atual quadro econômico mundial, quando os “preços globais dos alimentos tiveram a maior margem de aumento em dez anos”¹¹, em que medida a gestão de suas commodities (cereais, leguminosas, sementes oleaginosas, óleos comestíveis, etc.) no âmbito das atividades econômicas que desenvolve, tem seu balizamento normativo definido não só em decorrência do que determina o artigo 47 de sua Lei Maior¹² como evidentemente em face

2 <https://www.investopedia.com/insights/worlds-top-economies/#citation-92> acesso em 26 de setembro de 2021.

3 Por causa de sua grande população, a Índia tem o menor PIB per capita” vide <https://www.investopedia.com/insights/worlds-top-economies/#citation-92> acesso em 26 de setembro de 2021.

4 <https://www.investopedia.com/insights/worlds-top-economies/#citation-92> acesso em 26 de setembro de 2021

5 As receitas de carvão correspondem a 1,15% do PIB (est. 2018). Vide <https://www.cia.gov/the-world-factbook/countries/india/> acesso em 26 de setembro de 2021.

6 <https://www.cia.gov/the-world-factbook/countries/india/> acesso em 26 de setembro de 2021.

7 Com relação às Exportações recebem destaque as seguintes commodities: petróleo refinado, diamantes, medicamentos embalados, joias, carros (2019). Vide <https://www.cia.gov/the-world-factbook/countries/india/#economy> acesso em 26 de setembro de 2021.

8 Supremo Tribunal da Índia Kirloskar Brothers Ltd vs Employees State Insurance Corpn em 24 de janeiro de 1996 <https://indiankanoon.org/doc/555884/> acesso em 26 de setembro de 2021.

9 Índia - Índice de percepção de corrupção

Data	Ranking de Corrupção	Índice de Corrupção
2020	86 ^e	40

<https://pt.countryeconomy.com/governo/indice-percepcao-corrupcao/india> acesso em 26 de setembro de 2021. <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/ipc-indice-de-percepcao-da-corrupcao-2020> acesso em 26 de setembro de 2021.

10 <https://www.investopedia.com/insights/worlds-top-economies/#citation-92> acesso em 26 de setembro de 2021.

11 “Global food prices have surged by the biggest margin in a decade, as one closely watched index jumped 40 per cent in May, heightening fears that the inflation initially stoked by pandemic disruption was accelerating. The year-on-year rise in the UN Food and Agriculture Organization’s monthly index was the largest jump since 2011, as commodity prices surged.” <https://www.ft.com/content/8b5f4b4d-cbf8-4269-af2c-c94063197bbb> acesso em 26 de setembro de 2021.

12 “PART IV DIRECTIVE PRINCIPLES OF STATE POLICY 47. Duty of the State to raise the level of nutrition and the standard of living and to improve public health.—The State shall regard the raising of the level of nutrition and the standard of living of its people and the improvement of public health as among its primary duties and, in particular, the State shall endeavour to bring about prohibition of the consumption except for medicinal purposes of intoxicating drinks and of drugs which are injurious to health”. THE CONSTITUTION OF INDIA [As on 9 th September, 2020] GOVERNMENT OF INDIA MINISTRY OF LAW AND JUSTICE LEGISLATIVE DEPARTMENT <https://legislative.gov.in/sites/default/files/COI.pdf> acesso em 26 de setembro de 2021.

da tutela ambiental de referidos bens particularmente por sua evidente relevância para uma população de 1,366 bilhão de pessoas¹³.

Com efeito.

No que se refere à organização da agricultura e pecuária (Art.48) a Lei Maior da Índia estabelece que “o Estado envidará esforços para organizar a agricultura¹⁴ e a pecuária em moldes modernos e científicos e deverá, em particular, tomar medidas para preservar e melhorar as raças e proibir o abate de vacas e bezerros e outros bovinos de leite e de tração”¹⁵ advertindo, todavia que “o Estado deve envidar esforços para proteger e melhorar o meio ambiente e salvaguardar as florestas e a vida selvagem do país”(Art.48 A)¹⁶

Por outro lado, embora a Índia tenha previsão em sua Carta Magna de relevante dispositivo no sentido de “proteger e melhorar o ambiente natural, incluindo florestas, lagos, rios e vida selvagem, e ter compaixão pelas criaturas vivas” (Artigo 51-A g)¹⁷, tem sérios problemas de “desmatamento, erosão do solo, sobrepastoreio, desertificação, poluição do ar por efluentes industriais e emissões veiculares, poluição da água por esgoto bruto (a água da torneira destinada à população da Índia não é potável em todo o país¹⁸) e escoamento de pesticidas agrícolas”¹⁹, não sendo difícil verificar que a enorme e crescente população da Índia está “sobrecarregando os recursos naturais, a preservação e qualidade das florestas e perda de biodiversidade”²⁰.

Deste modo, como dissemos anteriormente, a análise do balizamento normativo das commodities na Índia em face de seu direito ambiental se afigura efetivamente útil em face das semelhanças da Índia com nosso País, a saber, ambos os países estruturados juridicamente de forma democrática, possuidores de grande população, com grande área territorial, muitos recursos naturais, importante economia, mas de pobreza persistente e corrupção generalizada²¹.

Para tanto será utilizado o método hermenêutico, por meio do levantamento dos trabalhos doutrinários elaborados por especialistas que atuam no âmbito da matéria investigada e análise jurídica afeita aos sistemas normativos da Índia e do Brasil principalmente no que se refere ao direito ambiental no plano constitucional e das normas infraconstitucionais pertinentes.

13 Banco Mundial <https://data.worldbank.org/country/india> acesso em 26 de setembro de 2021.

14 Os principais produtos agrícolas da Índia são a cana-de-açúcar, o arroz, o trigo, o leite de búfala, o leite, a batata, os vegetais, a banana, o milho, e a manga / goiaba. Vide <https://www.cia.gov/the-world-factbook/countries/india/#economy> acesso em 26 de setembro de 2021.

15 “48. Organisation of agriculture and animal husbandry.—The State shall endeavour to organise agriculture and animal husbandry on modern and scientific lines and shall, in particular, take steps for preserving and improving the breeds, and prohibiting the slaughter, of cows and calves and other milch and draught cattle.” THE CONSTITUTION OF INDIA [As on 9 th September, 2020] GOVERNMENT OF INDIA MINISTRY OF LAW AND JUSTICE LEGISLATIVE DEPARTMENT <https://legislative.gov.in/sites/default/files/COI.pdf> acesso em 26 de setembro de 2021.

16 “PART IV DIRECTIVE PRINCIPLES OF STATE POLICY 48A. Protection and improvement of environment and safeguarding of forests and wild life. — The State shall endeavour to protect and improve the environment and to safeguard the forests and wild life of the country.]

17 “PART IVA FUNDAMENTAL DUTIES 51A. Fundamental duties.—It shall be the duty of every citizen of India— (g) to protect and improve the natural environment including forests, lakes, rivers and wild life, and to have compassion for living creatures;” THE CONSTITUTION OF INDIA [As on 9 th September, 2020] GOVERNMENT OF INDIA MINISTRY OF LAW AND JUSTICE LEGISLATIVE DEPARTMENT <https://legislative.gov.in/sites/default/files/COI.pdf> acesso em 26 de setembro de 2021.

18 As doenças transmitidas por alimentos ou pela água tem sido considerado muito alto (2020) : diarreia bacteriana, hepatite A e E. Vide <https://www.cia.gov/the-world-factbook/countries/india/> acesso em 26 de setembro de 2021.

19 <https://www.cia.gov/the-world-factbook/countries/india/#environment> acesso em 26 de setembro de 2021.

20 <https://www.cia.gov/the-world-factbook/countries/india/#environment> acesso em 26 de setembro de 2021.

21 Com 38 pontos, Brasil permanece estagnado em patamar ruim https://transparenciainternacional.org.br/ipc/?utm_source=Ads&utm_medium=Google&utm_campaign=%C3%8Dndice%20de%20Percep%C3%A7%C3%A3o%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&utm_term=Ranking%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&gclid=CjoKQCjwwNWKBhDAARIsAJ8HkhepEalH_JFtOzX3NxfP6YQemc-S5DrVJmWlmyMrZ9NwytVfSyHgaJcaAp7CEALw_wcB acesso em 26 de setembro de 2021.

Brasil - Índice de percepção de corrupção

Data	Ranking de Corrupção	Índice de Corrupção
2020	94 ^º	38

<https://pt.countryeconomy.com/governo/indice-percepcao-corrupcao/brasil> acesso em 26 de setembro de 2021

1. ATIVIDADES ECONÔMICAS EM FACE DO SISTEMA CONSTITUCIONAL DA ÍNDIA

Conforme ensina Krishnan (KRISHNAN, 2013) a “Constituição indiana, reconhecidamente o documento mais longo e abrangente de seu tipo no mundo, foi o resultado de anos de trabalho de uma Assembleia Constituinte em tempo integral. Foi o culminar de uma longa luta pela liberdade contra os ocupantes coloniais do país e foi elaborado imediatamente após uma perturbadora carnificina comunal. Integridade do país, preservação da liberdade política, democracia, estado de direito e um judiciário independente, portanto, encontram um lugar de destaque na Constituição e são elementos manifestamente importantes da nova ordem que a Índia estabeleceu para si mesma. **Dado o baixo nível de desenvolvimento econômico do país e a pobreza em massa que caracterizava a maior parte de seu povo, um aspecto igualmente importante da governança deveria ter sido o sistema econômico que o país adotou para eliminar a pobreza em massa e assegurar a prosperidade econômica da nação. Muitos estudiosos acreditam que o “estado” forte, considerado necessário e desejável para preservar a integridade da Índia, foi inscrito na Constituição também na esfera econômica**”(grifos nossos).

Assim, em referido contexto, estabelece a Lei Maior da Índia alguns balizamentos relevantes relacionados ao desenvolvimento das atividades econômicas no País adotando como princípios de diretiva política de estado (Parte IV²²) seu empenho em “promover o bem-estar do povo, garantindo e protegendo com a maior eficácia possível uma ordem social na qual a justiça social, econômica e política deve informar todas as instituições da vida nacional”²³, que o Estado deve, em particular, direcionar sua política no sentido de garantir que o funcionamento do sistema econômico não resulte na concentração da riqueza e dos meios de produção em prejuízo comum²⁴, “que os cidadãos não sejam forçados pela necessidade econômica a ingressar em atividades inadequadas à sua idade ou força”²⁵ bem como “promover com cuidado especial os interesses educacionais e econômicos das camadas mais fracas do povo”²⁶.

Com relação ao comércio “as relações em todo o território da Índia serão livres”²⁷ sendo certo que o Parlamento pode, por lei, impor restrições “à liberdade de comércio, comércio ou

22 “PART IV DIRECTIVE PRINCIPLES OF STATE POLICY 37. Application of the principles contained in this Part.—The provisions contained in this Part shall not be enforceable by any court, but the principles therein laid down are nevertheless fundamental in the governance of the country and it shall be the duty of the State to apply these principles in making laws.” THE CONSTITUTION OF INDIA [As on 1 st April, 2019] <https://legislative.gov.in/sites/default/files/COI-updated.pdf> acesso em 26 de setembro de 2021.

23 “38. State to secure a social order for the promotion of welfare of the people.—1 [(1)] The State shall strive to promote the welfare of the people by securing and protecting as effectively as it may a social order in which justice, social, economic and political, shall inform all the institutions of the national life” THE CONSTITUTION OF INDIA [As on 1 st April, 2019] <https://legislative.gov.in/sites/default/files/COI-updated.pdf> acesso em 26 de setembro de 2021.

24 “39. Certain principles of policy to be followed by the State.—The State shall, in particular, direct its policy towards securing— (c) that the operation of the economic system does not result in the concentration of wealth and means of production to the common detriment” THE CONSTITUTION OF INDIA [As on 1 st April, 2019] <https://legislative.gov.in/sites/default/files/COI-updated.pdf> acesso em 26 de setembro de 2021.

25 “39. Certain principles of policy to be followed by the State.—The State shall, in particular, direct its policy towards securing— (e) that the health and strength of workers, men and women, and the tender age of children are not abused and that citizens are not forced by economic necessity to enter avocations unsuited to their age or strength;” THE CONSTITUTION OF INDIA [As on 1 st April, 2019] <https://legislative.gov.in/sites/default/files/COI-updated.pdf> acesso em 26 de setembro de 2021.

26 “46. Promotion of educational and economic interests of Scheduled Castes, Scheduled Tribes and other weaker sections.—The State shall promote with special care the educational and economic interests of the weaker sections of the people, and, in particular, of the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes, and shall protect them from social injustice and all forms of exploitation.” THE CONSTITUTION OF INDIA [As on 1 st April, 2019] <https://legislative.gov.in/sites/default/files/COI-updated.pdf> acesso em 26 de setembro de 2021.

27 “PART XIII TRADE, COMMERCE AND INTERCOURSE WITHIN THE TERRITORY OF INDIA 301. Freedom of trade, commerce and intercourse.—Subject to the other provisions of this Part, trade, commerce and intercourse throughout the territory of India shall be free.” THE CONSTITUTION OF INDIA [As on 1 st April, 2019] <https://legislative.gov.in/sites/default/files/COI-updated.pdf> acesso em 26 de setembro de 2021.

intercurso entre um Estado e outro ou dentro de qualquer parte do território da Índia, conforme exigido no interesse público”²⁸²⁹.

Destarte as atividades econômicas balizadas no âmbito da Carta Magna da Índia, inclusive evidentemente em face do uso de recursos naturais destinados à produção de commodities, tem seu superior balizamento normativo delimitado fundamentalmente em face dos dispositivos constitucionais antes referidos.

2. A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE NO ÂMBITO DA CONSTITUIÇÃO DA ÍNDIA

Explica Pooja P. Vardhan (VARDHAN, 2014) que “A constituição da Índia não é inerte, mas um documento vivo que evolui e cresce com o tempo. As disposições específicas sobre a proteção do meio ambiente na constituição também são resultado desta natureza evolutiva e potencial de crescimento da lei fundamental da terra. O preâmbulo da nossa constituição garante o padrão socialista da sociedade e a dignidade do indivíduo. Um padrão de vida decente e um ambiente livre de poluição são inerentes a isso”.

Daí argumentar que “o capítulo sobre os deveres fundamentais da Constituição indiana impõe claramente o dever de todos os cidadãos de proteger o meio ambiente. O Artigo 51-A (g), diz que “É dever de todo cidadão da Índia proteger e melhorar o meio ambiente natural, incluindo florestas, lagos, rios e vida selvagem e ter compaixão pelas criaturas vivas” complementando que “O ambiente saudável também é um dos elementos do estado de bem-estar. O artigo 47 dispõe que o Estado deverá considerar a elevação do nível de nutrição e do padrão de vida de sua população e a melhoria da saúde pública como suas principais atribuições. A melhoria da saúde pública também inclui a proteção e melhoria do meio ambiente, sem as quais a saúde pública não pode ser assegurada. O artigo 48 trata da organização da agricultura e da pecuária. Ele orienta o Estado a tomar medidas para organizar a agricultura e a pecuária em linhas modernas e científicas. Em particular, deve tomar medidas para preservar e melhorar as raças e proibir o abate de vacas e bezerros e outros bovinos de leite e de tração. O artigo 48-A da constituição diz que “o estado deve envidar esforços para proteger e melhorar o meio ambiente e salvaguardar as florestas e a vida selvagem do país”.

²⁸ “302. Power of Parliament to impose restrictions on trade, commerce and intercourse.—

Parliament may by law impose such restrictions on the freedom of trade, commerce or intercourse between one State and another or within any part of the territory of India as may be required in the public interest.” THE CONSTITUTION OF INDIA [As on 1 st April, 2019] <https://legislative.gov.in/sites/default/files/COI-updated.pdf> acesso em 26 de setembro de 2021.

²⁹ “39. But the more difficult question is, what does the word “restrictions” mean in Article 302? The dictionary meaning of the word “restrict” is “to confine, bound, limit”. Therefore, any limitation placed upon the freedom is a restriction on that freedom. But the limitation must be real, direct and immediate, but not fanciful, indirect or remote. In this context, the principles evolved by American and Australian decisions in their attempt to reconcile the commerce power and the State police power or the freedom of commerce and the Commonwealth power to make laws affecting that freedom can usefully be invoked with suitable modifications and adjustments. Of all the doctrines evolved, in my view, the doctrine of “direct and immediate effect” on the freedom would be a reasonable solvent to the difficult situation that might arise under our Constitution. If a law, whatever may have been its source, directly and immediately affects the free movement of trade, it would be restriction on the said freedom. But a law which may have only indirect and remote repercussions on the said freedom cannot be considered to be a restriction on it”. Supreme Court of India Jindal Stainless Ltd. & Anr vs State Of Haryana & Ors on 11 November, 2016 <https://indiankanoon.org/doc/141946357/> acesso em 21 de setembro de 2021.

2.1 O DIREITO AMBIENTAL INDIANO E SUA INTERPRETAÇÃO NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO: O JULGAMENTO VELLORE CITIZENS WELFARE FORUM VS. UNION OF INDIA (1996) 5 SCC 647 E OS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E POLUIDOR-PAGADOR

Destaca Pooja P. Vardhan (VARDHAN,2014) que “Litígios de interesse público nos termos dos artigos 32 e 226 da constituição da Índia resultaram em uma onda de litígios ambientais. Os principais casos ambientais decididos pelo Supremo Tribunal incluem o caso de fechamento de pedreiras de calcário na região de Dehradun (caso de Pedreira de Dehradun, AIR 1985 SC 652), a instalação de salvaguarda em uma planta de cloro em Delhi (MC Mehta V. União da Índia, AIR 1988 SC 1037) etc. Em Vellore Citizens Welfare Forum vs. Union of India (1996) 5 SCC 647, o Tribunal observou que “o Princípio da Precaução” e “o Princípio do Poluidor-Pagador” são características essenciais do “Desenvolvimento Sustentável”.

Assim, conforme esclarece Gitanjali Nain Gill(GILL,2019)“o papel da Suprema Corte da Índia em reconhecer o princípio da precaução como uma característica essencial do desenvolvimento sustentável e uma parte do direito internacional consuetudinário promoveu sua aplicação derivada de mandatos constitucionais, nomeadamente os artigos 21, 48A e 51A (g). Em 1996, Kuldip Singh J em Vellore Citizen Welfare Forum v Union of India declarou que o princípio envolve três condições:O governo estadual e as autoridades estatutárias devem antecipar, prevenir e atacar as causas da degradação ambiental;Onde houver ameaças de danos graves e irreversíveis, a falta de certeza científica não deve ser usada como motivo para adiar medidas de prevenção da degradação ambiental;O ‘ônus da prova’ recai sobre o ator, desenvolvedor ou industrial para mostrar que as ações são ambientalmente benignas.”Cabe observar por outro lado que Rajamani(RAJAMANI,2019),ao explorar os fundamentos conceituais do princípio da precaução, traçando sua definição, interpretação e status legal no direito internacional, antes de se voltar para o direito indiano, argumenta que a aplicação do princípio no acórdão Vellore está em desacordo com a própria definição do princípio do Supremo Tribunal detalhando esta falta de clareza no envolvimento do Tribunal com o princípio e a indefinição das linhas entre dois princípios jurídicos distintos - precaução e prevenção. Rajamani conclui que a invocação da versão indígena do princípio da precaução pode ser instrumentalmente útil para chegar a resultados judiciais ambientalmente favoráveis, mas não é um bom presságio para o desenvolvimento de uma linha clara de jurisprudência.

Já no que se refere ao princípio do poluidor pagador a Suprema Corte da Índia, pela oportunidade de estabelecer que “alguns dos princípios salientes do “Desenvolvimento Sustentável”, conforme retirados do Relatório Brundtland e outros documentos internacionais, são Equidade Intergeracional, Uso e Conservação de Recursos Naturais, Proteção Ambiental, Princípio da Precaução, Princípio do Poluidor Pagador, Obrigação de ajudar e cooperar, Erradicação da Pobreza e Assistência Financeira aos países em desenvolvimento” destacando que “o Princípio da Precaução” e “O Poluidor Pagador” são características essenciais do “Desenvolvimento Sustentável”³⁰, foi didática ao advertir que “**o princípio “O Poluidor Pagador”**(grifos nossos) foi considerado um princípio sólido por este Tribunal do Conselho Indiano para o Meio Ambiente - Ação Legal vs. União da Índia J.T. 1996 (2) 196. O Tribunal observou: “Somos de opinião que qualquer princípio desenvolvido a este respeito deve ser simples, prático e adequado às condições existentes neste país”. O Tribunal decidiu que “Uma vez que a atividade exercida seja perigosa ou inerentemente perigosa, **a pessoa que exerce tal atividade é responsável por reparar o prejuízo causado a qualquer outra pessoa por sua**

³⁰ Supreme Court of India Vellore Citizens Welfare Forum vs Union Of India & Ors on 28 August, 1996 <https://indiankanoon.org/doc/1934103/> acesso em 26 de setembro de 2021.

atividade, independentemente do fato de ter tomado cuidado razoável ao exercer sua atividade. A regra tem como premissa a própria natureza da atividade exercida “. (grifos nossos) **Conseqüentemente, as indústrias poluentes são “absolutamente responsáveis por compensar os danos causados por elas aos moradores da área afetada, ao solo e à água subterrânea e, portanto, são obrigadas a tomar todas as medidas necessárias para remover lamas e outros poluentes que se encontram na áreas afetadas** “. (grifos nossos) O princípio do “poluidor-pagador”, conforme interpretado por este Tribunal, significa que a responsabilidade absoluta pelos danos ao meio ambiente se estende não apenas para indenizar as vítimas da poluição, mas também o custo de restaurar a degradação ambiental. A remediação do meio ambiente danificado é parte do processo de “Desenvolvimento Sustentável” e, como tal, **o poluidor é responsável por pagar o custo para os sofrendores individuais, bem como o custo de reverter a ecologia danificada** (grifos nossos).

3. ORGANIZAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA NA ÍNDIA COMO ATIVIDADE ECONÔMICA VINCULADA A INTER-RELAÇÃO QUE EXISTE ENTRE A ÁGUA, O AR E A TERRA E OS SERES HUMANOS: A LEI DE COMMODITIES ESSENCIAIS (LEI Nº 10 DE 1955) EM FACE DA LEI DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE DE 1986

A Constituição da Índia, ao determinar que “o Estado envidará esforços para organizar a agricultura e a pecuária em moldes modernos e científicos e deverá, em particular, tomar medidas para preservar e melhorar as raças e proibir o abate de vacas e bezerros e outros bovinos de leite e de tração” advertiu, todavia, conforme já tivemos oportunidade de aduzir anteriormente, que “o Estado deve envidar esforços para proteger e melhorar o meio ambiente e salvaguardar as florestas e a vida selvagem do país”(Art.48 A).

Com efeito.

Já em 1955 a Índia editou a denominada Lei de commodities essenciais (Lei nº 10 de 1955)³¹ norma jurídica destinada a conceder poderes ao Governo Central para regular ou restringir a produção, fornecimento e distribuição de mercadorias e o seu comércio balizando os critérios destinados a organizar a atuação governamental no sentido de se considerar que a regulamentação do produto essencial é necessária por razões de fornecimento regular a preços justos ou para fins militares (seção 3).

Em referida norma “Produtos essenciais” são definidos na seção 2³² e incluem forragem para gado, algodão, alimentos, safras alimentares e açúcar sendo certo que várias outras disposições tratam de infrações e procedimentos legais com particular destaque, que se refere às atividades empresariais, a Seção 6 que concede poderes ao Coletor para confiscar mercadorias essenciais³³. Trata-se portanto de norma jurídica destinada a reger as atividades econômicas vinculadas ao uso de recursos ambientais em proveito da população da Índia.

Evoluindo, todavia no sentido de compatibilizar a agricultura e pecuária em face da proteção ambiental e devidamente orientada bem como estruturada pela Lei Maior da Índia,

31 THE ESSENTIAL COMMODITIES ACT, 1955 ACT NO. 10 OF 1955 [1st April, 1955.] <http://extwprleg1.fao.org/docs/pdf/indi8604.pdf> acesso em 26 de setembro de 2021.

32 “1[2A. Essential commodities declaration, etc.--(1) For the purposes of this Act, “essential commodity” means a commodity specified in the Schedule.”

33 THE ESSENTIAL COMMODITIES ACT, 1955 ACT NO. 10 OF 1955 [1st April, 1955.] <http://extwprleg1.fao.org/docs/pdf/indi8604.pdf> acesso em 26 de setembro de 2021.

34 Mais recentemente o Parlamento aprovou projetos de lei que pretendem, em princípio, transformar a agricultura no país os denominados atos agrícolas indianos de 2020, frequentemente chamados de Farm Bills sendo certo que em janeiro de 2021, a Suprema Corte suspendeu a implementação das leis agrícolas e nomeou um comitê para examinar queixas dos agricultores, que se rebelaram fortemente, relacionadas às leis agrícolas. Vide Agência de Informações à Imprensa Governo da Índia Ministério da Agricultura e Bem-Estar dos Agricultores <https://pib.gov.in/Pressreleaseshare.aspx?PRID=1656929> acesso em 26 de setembro de 2021.

a Lei de Proteção do Meio Ambiente de 1986 evoluiu no sentido de harmonizar as regras da lei de commodities essenciais em face da gestão sustentável do meio ambiente estabelecendo em seu art.2º o que segue:

“Nesta Lei, a menos que o contexto exija de outra forma, -

a) “Ambiente” inclui a água, o ar e a terra e a inter-relação que existe entre a água, o ar e a terra, e os seres humanos, outras criaturas vivas, plantas, microrganismos e propriedades”

a) “Ambiente” inclui a água, o ar e a terra e a inter-relação que existe entre a água, o ar e a terra, e os seres humanos, outras criaturas vivas, plantas, microrganismos e propriedades;

(b) “Poluente ambiental” significa qualquer substância sólida, líquida ou gasosa presente em tal concentração que pode ser, ou tende a ser, prejudicial ao meio ambiente;

c) “Poluição ambiental”, a presença no ambiente de qualquer poluente ambiental;

d) “Manuseamento”, em relação a qualquer substância, significa o fabrico, processamento, tratamento, embalagem, armazenamento, transporte, utilização, recolha, destruição, conversão, colocação à venda, transferência ou semelhante dessa substância;

(e) “substância perigosa” significa qualquer substância ou preparação que, devido às suas propriedades químicas ou físico-químicas ou manipulação, é suscetível de causar danos aos seres humanos, outras criaturas vivas, plantas, microrganismos, propriedades ou ao meio ambiente ;

(f) “ocupante”, em relação a qualquer fábrica ou instalações, significa uma pessoa que tem controle sobre os negócios da fábrica ou das instalações e inclui, em relação a qualquer substância, a pessoa que a detém;

(g) “prescrito” significa prescrito pelas regras feitas ao abrigo desta Lei.

Destarte observamos que a legislação da Índia evoluiu no sentido de compatibilizar a gestão econômica de suas commodities em face de uma legislação ambiental ³⁵ objetivamente estruturada nos relevantes princípios já detalhados anteriormente visando harmonizar o uso dos recursos naturais -particularmente de bens ambientais essenciais para a sadia qualidade de vida- em proveito da população da Índia.

4. ATIVIDADES ECONÔMICAS EM FACE DO SISTEMA CONSTITUCIONAL DO BRASIL

Conforme inclusive já definido pelo Supremo Tribunal Federal “é certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da “iniciativa do Estado”; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23 V; 205; 208; 215; e 217, § 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras, há de ser preservado o

³⁵ As normas ambientais infraconstitucionais da Índia mais relevantes que poderíamos destacar são: a Lei de Proteção à Vida Selvagem de 1972, A Lei da Água (Prevenção e Controle da Poluição) de 1974, a Lei do Ar (Prevenção e Controle da Poluição) de 1981, Lei de Conservação da Floresta em 1980 e, particularmente, a Lei de Proteção ao Meio Ambiente de 1986.

interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes³⁶.

Assim, conforme advertem Fiorillo e Ferreira (FIORILLO e FERREIRA, 2020) no plano superior constitucional em vigor (princípio fundamental), a livre iniciativa (Art.1º,IV da CF) como “princípio do liberalismo econômico que defende a total liberdade do indivíduo para escolher e orientar sua ação econômica, independentemente da ação de grupos sociais ou do Estado” implicando em “total garantia da propriedade privada, o direito de o empresário investir seu capital no ramo que considerar mais favorável e fabricar e distribuir os bens produzidos em sua empresa da forma que achar mais conveniente à realização dos lucros” ;conforme explicação de Sandroni (SANDRONI, 2005),deixa de ser observada em face de sua interpretação inicial e passa a ser admitida em contexto de evidente equilíbrio.

Trata-se a rigor, como bem destacado por Fiorillo(FIORILLO,2021), “de se verificar que a ordem econômica estabelecida no plano normativo constitucional, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados alguns princípios indicados nos incisos do Art.170 sendo certo que dentre os referidos princípios, está exatamente o da defesa do meio ambiente (Art.170, VI da CF), cujo conteúdo constitucional está descrito no Art.225 da CF, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental (Art.225, parágrafo 1º, IV) dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”.

Destarte, conforme claramente apontado por Fiorillo(FIORILLO,2022) ,” a defesa do meio ambiente embora adote como causa primária no plano normativo os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (Art.1º, IV) necessita respeitar a dignidade da pessoa humana como superior fundamento constitucional (Art.1º, III)”.

Adotando a interpretação do autor antes citado o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de fixar a adequada interpretação da matéria conforme decidiu na conhecida ADI 3540 cuja ementa, por sua evidente importância para o tema analisado no presente artigo ,merece ser transcrito, a saber:

“A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, entre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. [ADI 3.540 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 1º-9-2005, P, DJ de 3-2-2006.]”.

Destarte ao assegurar a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, nossa Constituição Federal condiciona o exercício de referida atividade no plano normativo superior, incluindo-se evidentemente as atividades econômicas organizadas de produção e circulação de bens e serviços para o mercado (commodities) à defesa do meio ambiente natural, do meio ambiente cultural, do meio ambiente artificial (espaço urbano) e do meio ambiente laboral tudo em face dos princípios do direito ambiental constitucional na forma de suas respectivas

³⁶ ADI 1.950, rel. min. Eros Grau, j. 3-11-2005, P, DJ de 2-6-2006.

tutelas jurídicas constitucionais. Daí, particularmente, ser princípio fundamental interpretativo de todo o nosso sistema constitucional, os valores sociais da livre iniciativa (Art.1.º,IV da CF).

5. A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE NO ÂMBITO DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL

Conforme interpretado pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 3540), incumbe, ao Estado e à própria coletividade a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, o direito ambiental, a saber, as relações jurídicas vinculadas ao meio ambiente natural, ao meio ambiente cultural, ao meio ambiente artificial (espaço urbano) e ao meio ambiente laboral submetem-se à obrigação constitucional antes referida.

O adimplemento de referido encargo, que é irrenunciável na interpretação estabelecida pelo STF, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse direito.

Destarte, a atividade econômica balizada em nossa Constituição Federal), está condicionada não só, evidentemente, ao que determinam os princípios fundamentais constitucionais (Arts.1º a 4º da CF),” como particularmente às superiores obrigações fixadas diretamente a partir do que determinam os referidos arts.225 e 170, VI da Constituição Federal dentro de uma perspectiva mais ampla destinada a fundamentar a gênese das atividades econômicas em ordem jurídica capitalista regrada por critérios de desenvolvimento sustentável conforme didaticamente indica Fiorillo (FIORILLO,2021).

Resta, portanto bem evidenciado que as atividades desenvolvidas no plano da ordem econômica estabelecidas em nossa Constituição Federal, não podem ser comprometidas tão somente por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral.

Daí, restar bem estabelecido no superior plano normativo que as atividades econômicas estão condicionadas às obrigações fixadas pela Lei Maior, ou seja, devem ser entendidas na exata dimensão das obrigações ambientais constitucionais e, portanto vinculadas não só aos recursos ambientais, mas, como adverte Celso Fiorillo (FIORILLO, 2021) ”igualmente a bens ambientais outros também abarcados pela relação jurídica ambiental” ou seja, ao direito ambiental constitucional.

5.1 GESTÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS EM FACE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AMBIENTAIS DA PREVENÇÃO, PRECAUÇÃO E DO POLUIDOR PAGADOR

Fundamentada diretamente no texto de nossa Lei Maior (Art.225, parágrafos 1º a 7º e especificamente Arts. 225, § 1º,IV e 225, § 3º da CF) e em face de balizamento que guarda necessariamente harmonia com os princípios gerais da atividade econômica (Art.170, VI), a gestão das atividades econômicas, como destacam Celso Fiorillo e Renata Ferreira (FIORILLO e FERREIRA,2020), “está explícita e diretamente relacionada à tutela jurídica constitucional do meio ambiente em face das quatro noções de meio ambiente indicadas pela interpretação do

Supremo Tribunal Federal”. Daí, e sempre em obediência aos mandamentos constitucionais, como advertem Celso Fiorillo e Renata Ferreira (FIORILLO e FERREIRA, 2020), “a aplicação, dos princípios de direito ambiental antes referidos são balizadores, da gestão lícita das atividades econômicas em nosso País.

5.1.1 Gestão das atividades econômicas em face do princípio constitucional ambientais da prevenção

Em face da superior orientação constitucional, num primeiro momento, e como regra, as atividades econômicas tem o dever de arcar com as despesas de prevenção dos danos ao meio ambiente que a sua atividade possa ocasionar (meio ambiente natural, meio ambiente cultural, meio ambiente artificial e meio ambiente do trabalho).

Daí, inclusive, conforme observam de forma didática Fiorillo, Morita e Ferreira (FIORILLO, FERREIRA e MORITA, 2019) “a incumbência constitucional estabelecida ao Poder Público visando exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade (EPIA – Art. Art. 225, § 1º, IV)”.

Notamos, portanto que nossa Constituição Federal, visando dar efetividade ao princípio da prevenção, estabeleceu relevante instrumento destinado a fixar obrigação preventiva àqueles que pretendem instalar obra ou mesmo atividade potencialmente causadora de significativa degradação ao meio ambiente (meio ambiente natural, meio ambiente cultural, meio ambiente artificial e meio ambiente do trabalho), ou seja, instrumento útil e efetivo vinculado à gestão das atividades econômicas em nosso País, gerando por via de consequência um constante e necessário processo de controle de referidas atividades a partir do licenciamento ambiental, como “ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental” como ensinam Celso Fiorillo, Paulo Ferreira e Dione Morita (FIORILLO, FERREIRA e MORITA, 2019).

Destarte, a referida obrigação de índole preventiva, por força constitucional e em obediência aos critérios específicos indicados no plano infraconstitucional, será via de regra sempre exigível de toda e qualquer atividade econômica desenvolvida no Brasil revelando objetiva orientação constitucional destinada a dar efetividade ao desenvolvimento sustentável.

5.1.2 Gestão das atividades econômicas em face das atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente: o Estudo Prévio de Impacto Ambiental e o denominado princípio da precaução

Instrumento normativo originário do ordenamento jurídico americano, “de gênese e natureza jurídica constitucional e visando assegurar efetividade na tutela jurídica constitucional dos bens ambientais”, como observam Fiorillo, Ferreira e Morita (FIORILLO, FERREIRA e MORITA, 2019), o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, como instrumento preventivo estrutural, passou a ser exigido pela Lei Maior de 1988 na forma do que determina o Art. 225, § 1º, IV, a saber:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para

assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.”

Assim, para assegurar a efetividade da gestão lícita dos bens ambientais em face das varias relações jurídicas ambientais disciplinadas em nossa Carta Magna(Patrimônio Genético, Meio Ambiental Cultural, Meio Ambiente Digital, Meio Ambiente Artificial/Cidades, Saúde Ambiental/Meio Ambiente do Trabalho e Meio Ambiente Natural) entendeu por bem nossa Constituição Federal determinar obrigatória incumbência ao Poder Público no sentido de exigir do mesmo, na forma da lei, para atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente o referido estudo de impacto que deve ser sempre e necessariamente prévio e público.

Destarte, em nosso País, as diferentes atividades previstas em nosso ordenamento jurídico, inclusive evidentemente as atividades econômicas, que potencialmente ³⁷, possam causar significativa degradação do meio ambiente, a saber, atividades que possam causar “alteração adversa das características do meio ambiente” (Art.3º, II da lei 6938/81), necessitam apresentar referido estudo no sentido de obedecer aos princípios e normas constitucionais anteriormente indicadas. As atividades economicas, portanto, devem observar o referido comando constitucional observando-se evidentemente, conforme importante advertência de Fiorillo(FIORILLO, 2022) que a referida alteração adversa, “para restar cabalmente caracterizada, dependerá de cada caso concreto, a saber, dependerá da real situação a ser examinada (Patrimônio Genético, Meio Ambiental Cultural, Meio Ambiente Digital, Meio Ambiente Artificial/Cidades, Saúde Ambiental/Meio Ambiente do Trabalho e Meio Ambiente Natural) assim como deverá ser devidamente avaliada em decorrência de conhecimento técnico especializado, verdadeiro trabalho elaborado por perito conforme clássica lição de Chiovenda (CHIOVENDA, 1998), a saber, “ pessoas chamadas a expor ao juiz não só as observações de seus sentidos e suas impressões pessoais sobre os fatos observados, senão também as induções que se devam tirar objetivamente dos fatos observados ou que lhes dêem por existentes. Isto faz supor que eles são dotados de certos conhecimentos técnicos ou aptidões em domínios especiais, tais que não devam estar ao alcance, ou no mesmo grau, de qualquer pessoa culta”.

De qualquer forma as atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente geram a exigência constitucional de estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará a necessária publicidade sendo certo que a partir do RE 627.189 o Poder Público, como adverte Celso Fiorillo (FIORILLO, 2022) “em face da incumbência que lhe foi determinada pelo art. 225, § 10, IV, deverá analisar os riscos, avaliar os custos das medidas de prevenção e, ao final, executar as ações necessárias, as quais serão decorrentes de “decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais”, como procedimento de gestão de riscos obrigatório nas atividades econômicas vinculadas ao meio ambiente natural/recursos naturais.

Cuida-se, portanto de obedecer a um critério de gestão de risco em acatamento ao denominado princípio da precaução conforme interpretação realizada pelo Supremo Tribunal Federal em 2016³⁸ tratando-se, por via de consequência, de análise qualitativa e quantitativa, que evidentemente não se reveste de caráter absoluto, a ser aplicada sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos.

³⁷ “suscetível de existir ou acontecer” na lição de Houaiss (HOUAISS, 2009).

³⁸ RE 627189 / SP - SÃO PAULO/RECURSO EXTRAORDINÁRIO/Relator: Min. DIAS TOFFOLI/Julgamento: 08/06/2016/Publicação: 03/04/2017/**Órgão julgador: Tribunal Pleno**
Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-066 DIVULG 31-03-2017 PUBLIC 03-04-2017

5.1.3 Gestão das atividades econômicas em face do princípio constitucional do poluidor pagador

Podemos identificar no princípio do poluidor – pagador duas órbitas de alcance: a) busca evitar a ocorrência de danos ambientais (caráter preventivo); e b) ocorrido o dano, visa à sua reparação (caráter repressivo). Desse modo e conforme destaca Celso Fiorillo (FIORILLO, 2022) “num primeiro momento, impõe-se ao poluidor, na condição de obrigado, o dever de arcar com as despesas de prevenção dos danos ao meio ambiente que a sua atividade possa ocasionar. Cabe a ele, além da elaboração do necessário EPIA, o ônus de utilizar instrumentos necessários à prevenção dos danos”. Numa segunda órbita de alcance, esclarece este princípio que, ocorrendo danos ao meio ambiente em razão da atividade desenvolvida, o poluidor será responsável pela sua reparação, ou seja, e conforme advertência do Ministro Marco Aurélio na ADI 3378³⁹ “o fato verificado, o dano, porque não se pode cogitar de indenização, a priori, sem a verificação de dano”.

A obrigatoriedade de reparar o dano está, pois em conformidade com o princípio de direito ambiental constitucional do poluidor-pagador indicado na Constituição Federal de 1988, no art. 225, § 3º:

“3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

Vale observar que na órbita repressiva do princípio do poluidor-pagador há incidência da impropriamente denominada “responsabilidade civil”, a rigor e como esclarece Celso Fiorillo (FIORILLO, 2021), responsabilidade constitucional de reparar danos causados, argumento que foi inclusive acolhido pelo Supremo Tribunal Federal conforme didaticamente observado pelo Ministro Edson Fachin na ADI 5547⁴⁰.

Com isso, é correto afirmar que o princípio do poluidor-pagador determina a incidência e aplicação de alguns aspectos do regime jurídico da impropriamente denominada “responsabilidade civil” em face dos danos ambientais, e, portanto de regras constitucionais de responsabilidade ambiental vinculada às atividades econômicas, a saber: a) a prioridade da reparação específica do dano ambiental; b) a denominada “responsabilidade chamada civil objetiva”; e c) solidariedade para suportar os danos causados ao meio ambiente.

Além disso, dada a natureza jurídica constitucional dos bens ambientais, bem como o seu caráter de essencialidade, as ações judiciais destinadas à sua tutela são imprescritíveis conforme interpretação feita por Celso Fiorillo desde o ano de 2000 (FIORILLO, 2000) adotada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2020 fixando a seguinte tese: “É imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental”⁴¹

39 ADI 3378 / DF - DISTRITO FEDERAL/AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE/Relator Min. CARLOS BRITTO/Julgamento: 09/04/2008/Publicação: 20/06/2008/Órgão julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-02 PP-00242 RTJ VOL-00206-03 PP-00993

40 “Conforme reflexão que desenvolvi no julgamento da ADC n. 42, rel. Min. Luiz Fux, j. 28.02.2018, essa interpretação se, de um lado, identifica o direito ao meio ambiente como verdadeiro direito fundamental, a fazer atrair, por exemplo, o disposto no art. 5º, § 2º, da CRFB; de outro, assinala haver uma especificidade dessa tutela que não a equaciona exclusivamente com o indivíduo singularmente considerado. De fato, é precisamente a tutela ambiental que dá especificidade a esse direito fundamental, e o eventual dano ambiental é, por natureza, distinto daquele classicamente definido nos termos da legislação civil, tendo causas múltiplas e confluentes (grifos nossos)” ADI 5547 Órgão julgador: Tribunal Pleno Relator: Min. EDSON FACHIN Julgamento: 22/09/2020 Publicação: 06/10/2020

41 RE 654833 / AC - ACRE/RECURSO EXTRAORDINÁRIO/Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES/Julgamento: 20/04/2020/Publicação: 24/06/2020/Órgão julgador: Tribunal Pleno/Publicação/PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020.

6. ORGANIZAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA NO BRASIL COMO ATIVIDADE ECONÔMICA: O AGRONEGÓCIO E A SEGURANÇA ALIMENTAR EM FACE DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Conforme adverte Fiorillo (FIORILLO, 2022) “as atividades produtivas caracterizadas pela produção de bens alimentícios e de matérias-primas decorrentes do cultivo de plantas (commodities) necessitam inicialmente de espaços territoriais destinados a viabilizar a agricultura. Destarte nosso sistema constitucional entendeu por bem regrar as relações jurídicas que envolvem o solo e subsolo dentro da ordem jurídica do capitalismo não só adaptada à realidade brasileira (art. 3º da CF), mas obedecendo, antes de tudo, às necessidades reais de brasileiros e estrangeiros residentes no País, particularmente em benefício de valores adstritos à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III e IV). Por via de consequência o solo e os subsolos no Brasil obedecem hoje a relações jurídicas em que o direito de propriedade, como verdadeiro instrumento jurídico de controle da economia capitalista, tem limitações importantes destinadas a equilibrar os tradicionais valores do chamado direito privado com as necessidades vitais da pessoa humana na realidade brasileira do século XXI”.

Assim, conforme observam Fiorillo e Ferreira (FIORILLO e FERREIRA, 2021) “como bens destinados ao uso comum do povo, o solo e o subsolo passarão a ter natureza jurídica de bens ambientais (art. 225 da Carta Magna) elevando-se à condição constitucional a definição jurídica de recurso ambiental já existente na década de 1980 quando elaborada a Política Nacional do Meio Ambiente (art. 3º, V, da Lei n. 6.938/81).

Portanto, dentro da perspectiva antes indicada, a agricultura, salienta Fiorillo (FIORILLO, 2022) ao usar os bens ambientais já referidos em proveito do lucro, deverá envolver aludidos recursos ambientais através de uma perspectiva sustentável, ou seja, a atividade deverá explorar o ambiente de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos de forma socialmente justa, economicamente viável e levando em consideração necessidades vinculadas às presentes e futuras gerações (art. 225 da Constituição Federal e art. 2º, X e XI, da Lei n. 9.985/2000)” passando por via de consequência “a ser disciplinada não só em decorrência do conceito privatista do direito de propriedade, mas observando sua função social principalmente quando o solo e o subsolo necessitam ser usados também como elementos fundamentais destinados a produzir a alimentação, vestimenta e demais insumos imprescindíveis aos brasileiros no século XXI”.

Já no que se refere à pecuária explica Fiorillo (FIORILLO, 2022) que “a criação de animais orientada no plano jurídico constitucional (atender às necessidades dos brasileiros e estrangeiros residentes no País, bem como vinculadas às atividades econômicas inerentes ao capitalismo) também necessita de espaços territoriais. Destarte nosso sistema constitucional entendeu por bem disciplinar as relações jurídicas vinculadas à pecuária em harmonia com o que estabelece o art. 1º, III e IV, da Carta Magna, observando as orientações indicadas no art. 3º de nosso Diploma Maior: o espaço territorial destinado à pecuária necessita ser controlado em face das diferentes especificidades existentes em nossa realidade, principalmente para promover o bem de todos (art. 3º, IV), assim como defendendo e preservando as diferentes áreas territoriais brasileiras no sentido de atender às necessidades das presentes gerações de brasileiros sem comprometer a capacidade de as futuras gerações atenderem às suas próprias necessidades (desenvolvimento sustentável)”.

É, pois em face da análise anteriormente indicada que o Brasil baliza sua importantíssima atividade econômica vinculada ao agronegócio.

Com efeito.

Definido por Fiorillo e Ferreira (FIORILLO e FERREIRA, 2021) como “o conjunto de atividades econômicas relacionadas à agricultura e pecuária desenvolvidas em face da ordem jurídica do capitalismo e balizadas juridicamente em face de nosso sistema normativo em vigor” temos pois “que o agronegócio e sua tutela jurídica estão diretamente relacionados à agricultura (cultura do solo visando à produção de VEGETAIS úteis ao homem) e à pecuária (atividade que trata da criação de GADO, a saber, conjunto de animais como vacas, bois, frangos, carneiros, cavalos, porcos, cabritos etc.) em face de superior balizamento constitucional condicionado aos princípios fundamentais de nossa Constituição Federal (arts. 1º a 4º da CF) bem como vinculada aos princípios gerais da atividade econômica (arts. 170 e s. da CF)”.

Exatamente por isso a indispensável advertência dos autores antes mencionados esclarecendo que “dentre os objetivos estabelecidos constitucionalmente o agronegócio como atividade econômica regrada pela Constituição em vigor não pode se olvidar no sentido de também atuar na produção de alimentos visando erradicar a fome em nosso País adequando os recursos ambientais ao sistema normativo em vigor principalmente em decorrência do objetivo constitucional apontado no art. 3º, III, da Constituição Federal bem como do direito fundamental assegurado no art. 6º da Lei das Leis, a saber, direito a “uma das atividades do organismo fundamental para a manutenção da vida”.

Cuida-se, pois de outorgar relevância constitucional ao direito à alimentação e mesmo à denominada segurança alimentar obrigando, como lembra Rodotà (RODOTÁ, 2014) “un approccio nuovo, a una riconsiderazione delle tre categorie fondamentali del pensiero politico, etico e giuridico – la libertà, la dignità, l’eguaglianza – e dello stesso diritto alla vita, la cui dimensione sociale si comprende ancora meglio proprio attraverso l’approccio del diritto al cibo” exatamente no contexto de um dos objetivos de desenvolvimento sustentável em face das negociações que culminaram na adoção, em 2015, dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), por ocasião da Cúpula das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável – a denominada Agenda 2030.

Em resumo devemos interpretar a matéria, como ensinam Fiorillo e Ferreira (FIORILLO e FERREIRA, 2019) “não só em face da tutela jurídica da alimentação (art. 6º da CF), direito objetivamente relacionado no âmbito de nosso Estado Democrático de Direito aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e do objetivo fundamental de erradicar a pobreza (art. 3º, III, da CF)” mas observando que “a denominada segurança alimentar, ao adotar como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis, tem toda sua estrutura jurídica organizada em face do direito ambiental constitucional (art. 225 da CF) considerando também, por outro lado a necessidade de observar o balizamento normativo destinado a fixar os deveres e direitos das atividades econômicas designadas para transformar os recursos de origem animal, vegetal e mineral em produtos próprios para a alimentação (as denominadas empresas alimentares) de forma sustentável (art. 170, VI, da CF)” e considerando ainda, particularmente que, “no plano normativo infraconstitucional, a segurança alimentar e nutricional “consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis” (Lei n. 11.346/2006, art. 3º)”.

Daí a organização da agricultura e pecuária no Brasil bem como gestão das commodities como atividade econômica estar necessariamente vinculada a um agronegócio condicionado constitucionalmente à segurança alimentar em face do regime constitucional de desenvolvimento sustentável adotado por nosso País.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Países estruturados juridicamente de forma democrática, possuidores de grande população, com grande área territorial, muitos recursos naturais, importante economia, mas de pobreza persistente e corrupção generalizada, a Índia e o Brasil guardam compatibilidade no que se refere à gestão de suas commodities em face de um sistema normativo constitucional superiormente definido por uma ordem econômica balizada por princípios de direito ambiental destinados a dar efetividade ao desenvolvimento sustentável. Destarte a gestão das commodities na Índia e no Brasil está bem adaptada à tutela jurídica de uma agricultura e pecuária regradas constitucionalmente no sentido de harmonizar a ordem econômica com a defesa do meio ambiente em proveito da sadia qualidade de vida de suas populações.

REFERÊNCIAS

CHIOVENDA, Giuseppe Instituições de Direito Processual Civil, Bookseller,1998.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 22ª edição, revista, ampliada e atualizada São Paulo: Saraiva, 2022.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco A gestão sustentável das empresas transnacionais e sua regulação em face do direito ambiental constitucional brasileiro, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2021.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques O agronegócio em face do direito ambiental constitucional brasileiro: as empresas rurais sustentáveis 2ª edição Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; Ferreira, Renata Marques. Direito Empresarial Ambiental Brasileiro e sua delimitação constitucional Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco;Ferreira, Paulo; Morita, Dione Mari. Licenciamento Ambiental. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco ;FERREIRA, Renata Marques. Segurança alimentar e desenvolvimento sustentável: a tutela jurídica da alimentação e das empresas alimentares em face do direito ambiental brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris,2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 1ª edição São Paulo: Saraiva, 2000.

GILL, Gitanjali Nain Precautionary principle, its interpretation and application by the Indian judiciary: 'When I use a word it means just what I choose it to mean-neither more nor less' Humpty Dumpty Environmental Law Review Volume 21 Issue 4, December 2019 <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1461452919890283> acesso em 26 de setembro de 2021.

HOUAISS, Antônio Dicionário Houaiss da lingua portuguesa 1a ed.:Rio de Janeiro,Objetiva,2009.

KRISHNAN, A P India's constitution and the economy Constitutional Challenges a symposium on democracy and constitutionalism in India February 2013 <https://india-seminar.com/2013/642.htm> acesso em 26 de setembro de 2021.

RAJAMANI, Lavanya Indian Environmental Law: Key Concepts and Principles Edited by Shibani Ghosh The Orient Blackswan; First edition, 2019.

RODOTÁ, Stefano Il diritto al cibo, Corriere della Sera, 2014.

SANDRONI, Paulo Sandroni in "Dicionário de Economia do Século XXI, Editora Record, Rio de Janeiro/São Paulo, 2005, pág. 492.

VARDHAN, Pooja P. Environment Protection under Constitutional Framework of India, 04 de junho de 2014 <https://pib.gov.in/newsite/printrelease.aspx?relid=105411> acesso em 26 de setembro de 2021.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

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

A MULHER NA POLÍTICA BRASILEIRA: ESPAÇOS E
VAZIOS NA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

LÍVIA MARIA FIRMINO
DENISE BITTENCOURT FRIEDRICH
GABRIELA DE SOUZA GRAEFF

A MULHER NA POLÍTICA BRASILEIRA: ESPAÇOS E VAZIOS NA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

WOMEN IN THE BRAZILIAN POLITICS: SPACES AND VOIDS IN THE REPRESENTATIVE DEMOCRACY

Recebido: 11/03/2022
Aprovado: 02/01/2023

Lívia Maria Firmino¹
Denise Bittencourt Friedrich²
Gabriela de Souza Graeff³

RESUMO:

O presente estudo tem por objetivo traçar breves reflexões sobre a participação e a representatividade política das mulheres no Brasil. A centralidade deste trabalho reside no fato de que a participação feminina no processo de tomada de decisão política tem ganhado relevante destaque, em busca de uma sociedade mais justa e igualitária. A ideia de que as esferas políticas permanecem não representativas se forem ocupadas predominantemente por membros de grupos hegemônicos tem adquirido crescente legitimidade junto à sociedade civil, governos e organismos internacionais. Dessa forma, insta perguntar: o modelo representativo brasileiro tem propiciado uma representação política igualitária, assegurando a participação das mulheres na política? Metodologicamente, utilizou-se como ferramenta de pesquisa o método hipotético-dedutivo para confrontar opiniões e verificar hipóteses válidas para solidificar conhecimentos ao presente tema, sendo que, o procedimento utilizado foi o bibliográfico, e subsidiariamente, o método documental embasado nas legislações constitucionais e infraconstitucionais do Brasil e do Direito Comparado. O resultado principal que a presente pesquisa aponta é o de que a democracia representativa adotada no Brasil ainda está em descompasso com o ideal democrático contemporâneo, uma vez que não tem assegurado o acesso feminino aos cargos políticos, perpetuando uma significativa assimetria nos espaços de decisão.

Palavras-chave: Democracia Representativa (k38). Política (k16). Representatividade Feminina (k38).

ABSTRACT:

This study aims to outline brief reflections on the participation and political representation of women in Brazil. The centrality of this work lies in the fact that women's participation in the political decision-making process has gained relevant prominence, in search of a fairer and

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal do Acre (2014). Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera - Uniderp (2016). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio (2018). Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2021). Atualmente, faz parte do quadro de servidores efetivos do Ministério Público do Estado do Acre (MPAC) e exerce a função de Chefe de Gabinete da 4ª Procuradoria de Justiça Criminal. E-mail: firminolivia.m@gmail.com

² Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2002); Especialista em Direito Constitucional - ênfase em Direito Municipal pela Universidade Luterana do Brasil (2005); Mestre em Direito - Políticas Públicas de Inclusão Social- pela Universidade de Santa Cruz do Sul. (2007). Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC - (2014) Docente da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC- professora permanente do PPGD desta universidade. Editora-Chefe da Revista do Direito (qualis A2) da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. E-mail: dfriedrich@unisc.br

³ Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), especialista em Direito Processual Público e Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Bolsista na Revista de Direito UNISC. Advogada. E-mail: graeffgabriela@gmail.com

more egalitarian society. The idea that political spheres remain unrepresentative if they are predominantly occupied by members of hegemonic groups has acquired growing legitimacy with civil society, governments and international bodies. Thus, it urges to ask, and this is what this study proposes, whether the Brazilian representative model is capable of ensuring the representation of women in politics. Methodologically, the hypothetical-deductive method was used as a research tool to confront opinions and verify valid hypotheses to solidify knowledge of the present theme, and the procedure used was the bibliographic, and alternatively, the documentary method based on constitutional and infra-constitutional legislation of Brazil and Comparative Law. The main result that this research points out is that the representative democracy adopted in Brazil has not ensured women's access to political positions, showing that it is urgent to think about new strategies to promote female political participation.

Keywords: Representative Democracy (k38). Politics (k16). Female Representation (k38).

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, as discussões sobre participação feminina na política têm ganhado relevante destaque, em busca de uma sociedade mais justa e igualitária. A ideia de que as esferas políticas permanecem não representativas se forem ocupadas predominantemente por membros de grupos hegemônicos tem adquirido crescente legitimidade junto à sociedade civil, governos e organismos internacionais. Destarte, pesquisas recentes têm levado em conta o número de mulheres presentes nos parlamentos para avaliar os níveis de democracia.

De fato, o ideal normativo contemporâneo de democracia sobre o qual estão fundadas as democracias representativas contemporâneas estabelece que as decisões coletivas são obrigatórias porque foram tomadas mediante um procedimento em que todos tiveram a oportunidade de participar e em igualdade de condições.

Dentro desse contexto, insta perguntar: o modelo representativo brasileiro tem propiciado uma representação política igualitária, assegurando a participação das mulheres na política?

Para responder a tal questionamento, o presente trabalho foi estruturado em dois capítulos. No primeiro capítulo, intitulado “Democracia Representativa no Brasil” evidencia-se a evolução histórica da democracia, bem como suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro. Já no segundo capítulo, intitulado “A Política de Cotas na Legislação Brasileira”, retrata-se a implementação da Política de Cotas no ordenamento pátrio, bem como, suas repercussões na representatividade política feminina.

Para tanto, utiliza-se o método de pesquisa hipotético-dedutivo para confrontar opiniões e verificar hipóteses válidas para solidificar conhecimentos ao presente tema, sendo que, o procedimento utilizado foi o bibliográfico, e subsidiariamente, o método documental embasado nas legislações constitucionais e infraconstitucionais do Brasil e do Direito Comparado.

Não obstante, o presente estudo não pretende esgotar os questionamentos acerca do tema, até porque, dada a complexidade e extensão da matéria, seria impossível fazê-lo em tão pouco tempo. A importância do estudo reside na necessidade em ampliar o debate, expor as incongruências e possibilidades do sistema representativo brasileiro frente ao ideal democrático contemporâneo, bem como, propor alternativas para a consolidação da igualdade de gênero nas esferas políticas de decisão.

2. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA NO BRASIL

De acordo com Lijphart (2003, p. 318), que realizou um estudo comparativo sobre modelos de democracia em 36 países: “a igualdade política é um objetivo básico da democracia, e assim, o seu grau constitui um indicador importante de qualidade da democracia”.

Para Sacchet (2011, p. 05) para avaliar a desigualdade entre diferentes grupos sociais, a condição de exclusão ou inclusão na política pode ser uma boa métrica. Além disso, segundo Almeida (2015, p. 26), “As mulheres são um primoroso exemplo de como é árdua a luta pela extensão dos direitos de cidadania às minorias”.

Em um estudo realizado por Moraes, et al., em 2014, sobre a correlação entre qualidade da democracia, ideologia e mulheres nos parlamentos, restou demonstrado que países com maior qualidade democrática são os que possuem mais mulheres ocupando assentos nos parlamentos e, países mais democráticos são os que mais demonstram interesse pelo tópico *feminismo*. Nesse sentido, tanto a qualidade da democracia, quanto ideologia são variáveis importantes na composição da representação feminina. (MORAES, et al., 2014, p.26).

Como bem destacado por Gorcevski (2018, p. 92):

O ideal da democracia representativa é um sistema de governo em que todos os cidadãos adultos têm direito a participar em pé de igualdade nas eleições de representantes políticos, em eleições que são periódicas, competitivas, transparentes, livres e igualitárias (uma pessoa, um voto).

Com efeito, tendo em vista que a participação nas instituições públicas é um meio especialmente efetivo de influenciar as regras políticas e as políticas públicas do Estado, parece inegável que a participação equitativa de homens e mulheres seja uma condição mínima para a eficácia das instituições democráticas e da própria democracia representativa.

De acordo com Friedrich Müller (1998, p. 35):

Somente após o último grupo dos excluídos ter sido aceito na qualidade de povo soberano, e, portanto, com voz ativa e participação na atuação do Estado, é que estará caracterizada a democracia como o governo do povo.

Nas palavras de Avelar (2004, p. 225), um dos pilares democráticos é a participação política, como grande instrumento de ampliação de direitos e da própria cidadania. Em termos amplos, democracia é o sistema de governo onde o poder de decisões políticas está com o povo, direta ou indiretamente, podendo, ainda, ser entendido como o regime político baseado nos princípios da soberania popular e da distribuição isonômica do poder.

Tal sistema contrasta com outras formas de governo em que o poder é detido por uma pessoa — como em uma monarquia absoluta — ou em que o poder é mantido por um pequeno número de indivíduos — como em uma oligarquia, regimes típicos de ditaduras.

Em termos históricos, por outro lado, é lícito afirmar que a expressão democracia evoluiu do conceito básico de forma de governo (ínsita na classificação aristotélica de formas puras de governo: governo de um só (monarquia), governo de um grupo (aristocracia) e governo de todos (democracia); e de formas impuras (ou deturpadas): tirania, oligarquia e demagogia; e também presente na concepção platônica de democracia legal e arbitrária) para a noção contemporânea de regime político, transcendendo, portanto, às ideias clássicas de sistema de governo ou mesmo de regime de governo, inerentes ao gênero forma de governo (FRIEDE, 1998, p. 61).

De fato, democracia não é por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político

abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história (SILVA, 2007, p. 87-88).

Nas palavras de Pedra (2003, p. 05):

A democracia não é apenas uma forma de governo, uma modalidade de Estado, um regime político, uma forma de vida. É um direito da Humanidade (dos povos e dos cidadãos). Não há democracia sem participação, sem povo. O regime será tanto mais democrático quanto tenha desobstruído canais, obstáculos, óbices, à livre e direta manifestação da vontade do cidadão.

Para Kelsen (2000, p. 35), a democracia ocorre quando a ordem social da sociedade é realizada pelo povo, que está submetido a vontade geral. Significa dizer que o há uma identidade entre os governantes e seus governados e uma posição de governo do povo sobre o povo.

Segundo Bobbio (2000, p. 30):

Democracia é a oposição a todas as formas de governos autocráticos, caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e mediante quais procedimentos, com previsão e facilitação da participação, a mais ampla possível, dos interessados.

Ao longo da história diversas foram as definições de democracia, marcadas pelos acontecimentos daquele período. Nesse sentido, há muitas possibilidades de modelos democráticos que sejam logicamente possíveis, mas não há muitas historicamente concebíveis (SARTORI, 1994, p. 18).

Hodiernamente, independentemente dos desacordos possíveis em torno do conceito de democracia, pode-se convir em que dita expressão reporta-se nuclearmente a um sistema político fundado em princípios afirmadores da liberdade e da igualdade de todos os homens e armado ao propósito de garantir que a condução da vida social se realize na conformidade de decisões afinadas com tais valores, tomadas pelo conjunto de seus membros, diretamente ou através de representantes seus livremente eleitos pelos cidadãos, os quais são havidos como os titulares da soberania. (MELLO, 2001, p. 01).

Destarte, o sistema democrático tem por fundamento o governo da maioria associados aos direitos individuais e das minorias. Todas as democracias, embora respeitem a vontade da maioria, protegem os direitos fundamentais dos indivíduos e das minorias, as eleições são acessíveis a todos os cidadãos e consubstanciam-se em verdadeiras competições pelo apoio popular.

Na democracia direta o povo exercita o poder democrático de forma direta sem representante, expressando sua vontade por voto direto em cada assunto particular. Na democracia indireta ou também chamada de democracia representativa, o povo elege seus representantes, que passam a responder em nome dele para administrar e conduzir o Estado na efetivação dos direitos.

Historicamente, a Democracia Direta surgiu na Grécia antiga. Porém, nas próprias Cidades-Estado gregas, seu modelo não se concretizou em sua totalidade, visto que, não havia participação de todos, independente de títulos de cidadania, gêneros ou vínculos de parentesco. Para se ter uma ideia, em Atenas, o “Povo”, era composto pelos homens que tinham o título de “cidadão ateniense”. Desta forma mulheres e escravos não tinham direito a esse título, pois tinham de ser do sexo masculino e ser filho de pais atenienses e netos de avós atenienses, não tendo direito a voto nem nenhuma influência na política.

Já a Democracia Representativa, modelo existente desde a Idade Média, conforme ensina Cruz (2004, p. 190), porém, com a representação restrita aos interesses do nobre que

havia delegado seu representante, produz com sua evolução, na Inglaterra, a construção do Parlamento, que ganha força máxima no momento em que os direitos do monarca ficaram restritos e a representatividade dos nobres, na Câmara Alta e dos representantes do Povo na Câmara Baixa assegurados, sendo por meio deles exercida a soberania popular.

De maneira geral, a doutrina entende que a democracia representativa revela-se imperiosa frente à complexidade das sociedades contemporâneas e às particularidades de seus membros.

Segundo Gorczewski (2018, p. 91):

A forma de democracia por excelência é a representativa. A representação política, em sentido estrito, é o resultado das eleições a cargos públicos que estabelecem uma relação entre um principal (o votante) e um agente ou mandatário (o representante) que, uma vez eleito tem a obrigação de tomar decisões em nome (e no melhor interesse) do principal. Na representação política democrática, todos os cidadãos elegem pessoas (denominados representantes) para que ocupem cargos públicos (representativos) e tomem decisões em nome e no melhor interesse de todos os cidadãos.

Não obstante, a existência de eleições não assegura o respeito ao princípio democrático. O princípio da igualdade política é fundamento central para a opção pela democracia entre os demais regimes, não só pelo direito de escolher quem governa, mas também pelo direito, de todos, de poder ser escolhido e participar na tomada de decisões que afetam a si mesmo e a toda a sociedade. (PORCARO, 2019, p.142).

Por conseguinte, no que toca as críticas apontadas ao modelo, a crise do sistema representativo desemboca em problemas ainda maiores: a falta de legitimidade democrática. Nesse contexto estão a falta de representação de grupos minoritários, a falta de educação política para a população e a própria corrupção dos meios como fatores-chaves na crise (STACKE; FRIEDRICH, 2018).

A desigualdade social, apontada por Souza; Souza (2017), é um dos fatores deslegitimadores do sistema, principalmente no Brasil, a partir do histórico de escravidão e pobreza. Como o próprio pensamento de Rousseau e Aristóteles, a representação, por vezes, cria um contexto de maior exclusão e desigualdade do que o contrário.

Como forma de minimizar a crise, alguns mecanismos já vêm sendo aplicados no Brasil, como a cota de gêneros nos partidos políticos e a reforma eleitoral, como exemplo o fim do financiamento privado de campanhas. (SOUZA; SOUZA, 2017). No entanto, são necessárias diversas outras medidas para tornar a conta equilibrada: a instrução acerca da participação política e da importância da democracia são fundamentais em todos os meios, principalmente naqueles com pouco ou nenhum acesso à educação básica.

A experiência internacional confirma que eleições são indispensáveis para a existência de qualquer democracia, mas a análise dos processos de democratização dos últimos 40 anos, em várias partes do mundo, mostrou que elas *per se* não garantem a instauração de um regime político capaz de assegurar princípios fundamentais como o primado da lei, o respeito aos direitos civis, políticos e sociais dos cidadãos e o controle e fiscalização de governos. (MOISÉS & SANCHES, 2014, p. 94).

Assim, a ideia de representação na democracia impõe diversas exigências não só quanto à deliberação coletiva em si, que materializa a autonomia pública de cada cidadão no direito de participação, como em respeito à sua autonomia privada, refletida nos direitos fundamentais – como a igualdade material no exercício dos direitos políticos. (PORCARO, 2019, p.146).

Enquanto o conceito adotado pelo *mainstream* da ciência política remete para os procedimentos e os mecanismos competitivos de escolha de governos através de eleições, abordagens recentes ampliaram a sua compreensão, incluindo tanto as exigências de uma efetiva

soberania popular como aquelas que se referem aos conteúdos e os resultados da democracia. Ao lado do desempenho das instituições, essas abordagens atualizaram as exigências de inclusão política e participação efetiva para que a democracia realize as suas promessas. (MOISÉS & SANCHES, 2014, p. 95).

Com efeito, nas democracias contemporâneas, os direitos de ser votado e de participação política não podem ser considerados eficazes se metade de seus sujeitos tem sua voz abafada e não possuem igualdade de oportunidades para realizá-los.

Resta claro que para a teoria democrática contemporânea a participação, a inclusão e a igualdade são fatores essenciais para que um Estado seja substancialmente democrático. O aprofundamento da democracia passa necessariamente pela existência de condições efetivas que assegurem a influência de todos os membros adultos da sociedade, em sua diversidade, no processo de tomada de decisões que os afetam. (PORCARO, 2019, p.147).

Nesse contexto, a sub-representação feminina, especialmente nos parlamentos e nos partidos políticos, passou a ser vista como expressão de um déficit democrático que questiona a qualidade das democracias realmente existentes.

No Brasil, o processo de democratização deflagrou-se, com afimco, após o longo período de vinte e um anos de regime militar ditatorial. A transição democrática exigiu a elaboração de um novo código, que refizesse o pacto político-social. Tal processo culminou, juridicamente, na promulgação de uma Carta Política extremamente detalhista, onde todos os segmentos da sociedade procuravam constitucionalizar seus direitos por receio de vê-los novamente subjugados.

Destarte, a Carta de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, traduz uma espécie de novo pacto para a democracia em substituição a extensos períodos de instabilidade institucional e ditaduras militares e incorpora a promessa política da construção e manutenção de uma democracia sustentável.

Em regra, a Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da Democracia Representativa, exercido através de eleições diretas e, complementarmente, prevê também o exercício da Democracia Direta, englobando o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, conforme se depreende dos seguintes dispositivos:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I – plebiscito;

II – referendo;

III – iniciativa popular.

É certo que desde a segunda metade do século XX as mulheres vêm galgando, em maior ou menor grau, a depender de fatores financeiros e culturais, uma maior presença e atuação nos espaços decisórios de poder, mas foi a Constituição Federal de 1988 que proclamou expressamente o princípio da igualdade jurídica entre homens e mulheres, no mesmo tempo em que definiu como objetivo fundamental do Estado Democrático Brasileiro a não discriminação por motivo de sexo, raça e etnia (ALMEIDA, 2015, p. 26).

Todavia, consoante dados recentes do Tribunal Superior Eleitoral (TSE, 2020), o que se verifica no Brasil é a sub-representação feminina na política, visto que, apesar de constituírem

52,5% (cinquenta e dois **vírgula cinco** por cento) do eleitorado, na Câmara dos Deputados, das 513 cadeiras, apenas 77 são ocupadas por deputadas, que corresponde a 15% (quinze por cento) e no Senado, somente 12 mulheres foram eleitas para as 81 vagas, o que equivale a uma participação feminina de 14% (quatorze por cento).

Segundo o Mapa das Mulheres na Política 2020, feito pela Organização das Nações Unidas (ONU) e pela União Interparlamentar (UIP), o Brasil ocupa o 140º lugar num ranking de 191 países em relação à representação feminina no Parlamento. (ONU, 2020).

Dessa forma, a baixa representatividade da mulher na política brasileira coloca em xeque não só a eficácia das instituições democráticas, como a própria legitimidade da democracia representativa no Brasil.

3. A POLÍTICA DE COTAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A sub-representação das mulheres nas instâncias de decisão política tem promovido a implementação de inúmeras medidas e ações afirmativas com o propósito de elevar a representatividade feminina e reverter a significativa assimetria de espaços.

Dentro desse contexto, a Política de Cotas vem se destacando como uma importante ferramenta na luta das mulheres por inserção nas esferas de poder, propiciando aumentos efetivos nos percentuais de mulheres presentes nas esferas de representação parlamentar em muitos países ao redor do mundo, inclusive no Brasil.

A Lei nº 9.100/95, que prevê normas para a realização de eleições municipais, foi a primeira lei no Brasil a tratar das cotas de gênero, estabelecendo no art. 11, § 3º, que vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deveriam ser preenchidas por candidaturas de mulheres.

Na sequência, a Lei nº 9.504/97, hoje modificada pela Lei nº 12.034/09, estendeu a previsão para as eleições gerais, preconizando ao menos 30% do número de vagas para candidatos às casas legislativas para representantes do gênero feminino.

De igual modo, a Lei nº 9.096/95, alterada pelas Leis nº 12.034/09 e 13.165/15, estabelece que 5% dos recursos do Fundo Partidário sejam aplicados na criação e manutenção de programas de promoção da participação política das mulheres, e que 10% do tempo destinado à propaganda partidária, no rádio e na televisão, sejam utilizados para a mesma finalidade.

No mesmo sentido de incentivar a participação feminina, a Lei nº 13.165/2015 previu em seu artigo 9º que, nas três eleições seguintes “os partidos reservarão, [...] no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 15% (quinze por cento) do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas de suas candidatas”. Outrossim, nos artigos 10º e 11º, a Lei aumentou o percentual de tempo da propaganda partidária gratuita a ser destinado à promoção e difusão da participação feminina na política para 20% nas duas eleições que se seguissem à publicação da lei e para 15% nas duas que se seguissem a estas.

Todavia, a proposição de um teto de 15% (quinze por cento) para o financiamento de campanhas femininas foi questionada no âmbito da ADI 5617/DF, por flagrante violação ao princípio da isonomia, uma vez que não há limite máximo estabelecido para o financiamento de campanhas masculinas.

No julgamento da referida ADI, em outubro de 2018, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a distribuição de recursos do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais direcionadas às candidaturas de mulheres deve ser feita na exata

proporção das candidaturas de ambos os sexos, respeitado o patamar mínimo de 30% (trinta por cento) de candidatas mulheres previsto em lei, não tendo sido fixado patamar máximo.

Destarte, não restam dúvidas de que o Estado brasileiro reconhece as desigualdades fáticas de gênero que transbordam para a arena política e que desde a Constituição Federal de 1988 se vem adotando mecanismos jurídicos, como as cotas de gêneros que incentivam a participação política da mulher com vistas a contornar essas desigualdades e concretizar o princípio da igualdade material e da participação política. (ALMEIDA, 2015, p. 27).

Não obstante, quando comparamos os resultados quantitativos da política de cotas no Brasil com os de outras experiências semelhantes, verificamos que os índices brasileiros continuam pouco expressivos e animadores.

Em um estudo sobre a participação política feminina e a regulamentação das cotas de gênero, nas eleições de 1990 a 2014, Silva e Santos (2015, p. 429) apontaram que tanto o Brasil, como grande parte dos países da América Latina, editaram normas com a previsão de cotas, visando reduzir a desigualdade de gênero e destacaram que:

[...] enquanto no Brasil as mulheres representam 9,94% das vagas obtidas na Câmara dos Deputados e 13,58% no Senado nas últimas eleições (2014), na Argentina esses percentuais sobem para 36,58% na Câmara dos Deputados e 38,89% no Senado (eleições 2013). A Bolívia, nas eleições de 2014, obteve grande incremento na representação feminina, passando a contar com 53,1% de mulheres na Casa Baixa, e 47,1% na Casa Alta. O Brasil, apesar de ter regulamentado a política de cotas em 1997, não obteve, ao longo dos anos, resultados significativos no aumento da participação política feminina.

Nas eleições municipais de 2016, regidas pelas mudanças promovidas pela Lei nº 13.165/2015, o quadro não foi tão diferente: em um universo de 32% de candidatas para câmara municipal, dos 63.337 cargos em disputa, apenas 8.461 (13,51%) das eleitas foram mulheres. Em 2020, de 34,76% de candidatas para câmara municipal, dos 58.009 cargos em disputa, apenas 9.282 (16 %) das eleitas foram mulheres. (TSE, 2020).

Já nas eleições gerais, o percentual de participação feminina na Câmara dos Deputados pouco variou entre os anos de 1990 e 2014, passando de 5,96% em 1990 para 9,94% em 2014, uma variação de meros 3,98% em um período de 14 anos, tendo o crescimento sido um pouco mais expressivo em 2018, atingindo 15% (quinze por cento). (TSE, 2020).

Dessa forma, nota-se que a Política de Cotas no ordenamento jurídico brasileiro alcançou resultados inexistentes antes de sua implementação, mas ainda muito pouco expressivos diante do objetivo a ser alcançado, qual seja, a isonomia entre homens e mulheres na política.

De acordo com Porcaro (2019, p.143) a discrepância entre os números de candidatas e eleitas pode ser explicada por diversos fatores:

[...] a apresentação de candidaturas laranjas, a falta de apoio e visibilidade por parte dos partidos políticos, o capital social diferenciado que favorece os homens e se traduz na dificuldade de obter financiamento para as campanhas, em uma realidade na qual os partidos supostamente destinam para elas apenas a quantia mínima do Fundo Partidário.

Para Quintela e Dias (2016, p. 58):

Para explicar o porquê de, mesmo sendo 30% das candidatas, as mulheres continuam representando apenas aproximadamente 10% dos eleitos no Poder Legislativo, pode-se cogitar o seguinte: a) a estrutura patriarcal e machista brasileira; b) o emprego de candidatas “laranjas” por parte dos partidos e coligações; c) a estruturação do nosso sistema eleitoral.

Com efeito, diversos são os fatores discriminatórios que produzem essa sub-representação feminina na política, tanto institucionais quanto socioculturais: a dominação masculina e a discriminação históricas, a socialização diferenciada, a dupla jornada e, principalmente, a resistência dos partidos políticos e a dificuldade de arrecadar os recursos políticos e financeiros necessários para fins eleitorais. (PORCARO, 2019, p.155).

Nesse sentido, destaca Zaremberg (2013, p. 23) que “Frente a esta situación de desigualdade inicial, el enfoque de igualdad de oportunidades estimula la incorporación de acciones que permitan “igualar” las condiciones”. Ou seja, frente a esse contexto, é necessário que existam políticas públicas afirmativas que possibilitem a igualdade material entre homens e mulheres.

Nesse contexto, para que a igualdade na representação política seja alcançada mostra-se necessária a atuação em diversas frentes, com iniciativas que tenham outros focos para além da modificação normativa das leis eleitorais. Inobstante, é evidente a necessidade de políticas afirmativas que corrijam o déficit democrático de participação feminina e garantam essa inclusão, estimulando a democracia de gênero tanto dentro dos partidos quanto nas disputas eleitorais, garantindo visibilidade e financiamento das candidaturas femininas, superando a reprodução das desigualdades sociais na representação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve por objetivo traçar breves reflexões sobre a participação e a representatividade política das mulheres no Brasil. A partir de uma abordagem histórica da democracia representativa no ordenamento pátrio, buscou-se investigar se o modelo representativo brasileiro tem propiciado uma representação política igualitária, assegurando a participação das mulheres na política.

Com efeito, nas democracias contemporâneas, os direitos de ser votado e de participação política não podem ser considerados eficazes se metade de seus sujeitos tem sua voz abafada e não possuem igualdade de oportunidades para realizá-los.

A sub-representação feminina, especialmente nos parlamentos e nos partidos políticos, passou a ser vista como expressão de um déficit democrático que questiona a qualidade das democracias realmente existentes.

Nesse contexto, nota-se que a Política de Cotas no ordenamento jurídico brasileiro alcançou resultados inexistentes antes de sua implementação, mas ainda muito pouco expressivos diante do objetivo a ser alcançado, qual seja, a isonomia entre homens e mulheres na política.

Dessa forma, o resultado principal que a presente pesquisa aponta é o de que a democracia representativa adotada no Brasil ainda está em descompasso com o ideal democrático contemporâneo, uma vez que não tem assegurado o acesso feminino aos cargos políticos, perpetuando uma significativa assimetria nos espaços de decisão.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Jéssica Teles de. Análise da participação política feminina no paradigma do Estado democrático de direito brasileiro. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 7, n. 12, p. 25-43, jul./dez. 2015.

AVELAR, Lúcia. Participação política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Otávio (Org.). **Sistema político brasileiro: uma introdução**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer-Stiftung; São Paulo: Fundação UNESP ED., 2004, p. 223-235.

BOBBIO, Norberto. Democracia representativa e democracia direta. In: **O futuro da democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Estatísticas Eleitorais 2016 – Resultados**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/estatisticas/eleicoes/eleicoes-antiores/estatisticas-eleitorais-2016/resultados>>. Acesso em: 02 dez. 2021.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Estatísticas Eleitorais 2020 – Resultados**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/estatisticas/eleicoes/eleicoes-antiores/estatisticas-eleitorais-2020/resultados>>. Acesso em: 02 dez. 2021.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

FRIEDE, Reis. Democracia e estado de direito. **Novos Estudos Jurídicos**, Santa Catarina, ano IV, nº. 7, p. 61-68, 15 out. 1998.

GORCZEWSKI, Clovis Cidadania, democracia e participação política [recurso eletrônico]: os desafios do século XXI / Clovis Gorczewski, Nuria Belloso Martin. - 1. ed. - Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2018.

LIJPHART, A. **Modelos de Democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2290>>. Acesso em: 01 dez. 2021.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MORAES, Thiago P. B. de. et al. Mulheres, política e sub-representação. Um estudo sobre a correlação entre qualidade da democracia, ideologia e mulheres nos parlamentos. **Derecho y Cambio Social**, n. 36, Lima, Peru, 2014. Disponível em: <http://www.derechoycambiosocial.com/revistao36/MULHERES_POLITICA_E_SUB-REPRESENTACAO.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2021.

MOISÉS, José Álvaro. SANCHEZ, Beatriz Rodrigues. **Representação política das mulheres e qualidade da democracia: o caso do Brasil**. In: MOISÉS, José Álvaro (Org.). O Congresso Nacional, os partidos políticos e o sistema de integridade: representação, participação e controle interinstitucional no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2014. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/publicacoes/ebooks/o-congresso-nacional-os-partidos-politicos-e-o-sistema-de-integridade>>. Acesso em: 02 nov. 2017

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Na defesa de uma democracia participativa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 63, p.05, 1 mar. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3795>>. Acesso em: 01 dez. 2021.

QUINTELA, Débora Françolin; DIAS, Joelson Costa. Participação política das mulheres no Brasil: das cotas de candidatura à efetiva paridade na representação. **Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos**, Brasília, v.2, n. 1, p. 52-74, jan/jun 2016.

SACCHET, Teresa. Partidos políticos e (sub)representação feminina: um estudo sobre recrutamento legislativo e financiamento de campanhas. In: **Mulheres, política e poder**. Organizadora, Denise Paiva, Goiânia: Cânone Editorial, Fundação de Apoio à Pesquisa do Estado de Goiás, 2011, 284p. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/287645671_Mulheres_Politica_e_Poder. Acesso em 01 dez 2021.

PORCARO, Nicole Gondim. Paridade de gênero na política: aprofundamento da democracia e realização dos direitos fundamentais da mulher. **Revista Populus**, Salvador, n. 6, junho 2019, p. 135-160.

SILVA, José Afonso Da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. Brasil: Malheiros, 2007.

SILVA, Adriana Campos; SANTOS, Polianna Pereira dos. Participação Política Feminina e a Regulamentação Legal das Cotas de Gênero no Brasil: Breve Análise das Eleições Havidas entre 1990 e 2014. In: **CONPEDI/UFGM/FUMEC/DOM Helder Câmara**. (Orgs.). SILVA, Adriana Campos; OLIVEIRA, Armando Albuquerque de; MORAES FILHO, José Filomeno. (Coords). **Teorias da democracia e direitos políticos**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/owgz69fe/YQ8Bxo3xH12ljKGo.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2021.

SARTORI, Giovanni. **A Teoria da Democracia Revisitada**. v. 2: as questões clássicas. Tradução Dinah de Abreu. São Paulo: Ática, 1994.

SOUZA, C. F. DE; SOUZA, P. DE T. F. DE. Direito e democracia - o significado das leis e do legislativo na teoria da democracia. **Revista do Direito**, n. 51, p. 145-156, 17 jan. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.17058/rdunisc.v1i51.7784>. Acesso em: mar. 2022.

STACKE; M. F. FRIEDRICH, D.B. Anotações sobre democracia: uma introdução ao presidencialismo de coalizão brasileiro. **Revista Direito Mackenzie**, v. 12, n. 2, p. 1-24, 2018. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/12467/7547> Acesso em: mar. 2022.

ZAREMBERG, Gisela. **El género em las políticas públicas: redes, reglas y recursos**. 1. ed. México: Flasco, 2013.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

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

SÍNDROME DE BURNOUT: ESGOTAMENTO PARA
ALÉM DA VIDA LABORAL

ALINE PASSOS MAIA

SÍNDROME DE *BURNOUT*: ESGOTAMENTO PARA ALÉM DA VIDA LABORAL

BURNOUT SYNDROME: EXHAUSTION BEYOD WORKING LIFE

Recebido: 03/03/2022

Aline Passos Maia¹

Aprovado: 01/01/2023

RESUMO:

O esgotamento físico e emocional em função do trabalho tem se tornado uma situação cada vez mais comum dentro das empresas. Seus investigadores têm sustentado que *burnout* se desenvolve como uma resposta aos estressores crônicos presentes nas organizações de trabalho. O presente artigo objetivou fazer uma análise a respeito da Síndrome de *Burnout*, considerando sua prevalência, possíveis fatores de risco para seu desenvolvimento, e consequências para o indivíduo no que diz respeito ao gozo de direitos fundamentais como à saúde, lazer, trabalho e convivência familiar, discutindo ainda qual o papel das empresas para garantir o equilíbrio do binômio trabalho e saúde aos trabalhadores. Com essa finalidade, realizou-se pesquisa bibliográfica e documental, base Scielo, cujos resultados foram analisados pelo método dedutivo, abordagem qualitativa, tendo em vista que, muito embora trate de números e elementos estatísticos apurados em documentos oficiais, o foco não será a apresentação de medições, mas a valoração dos elementos críticos. Concluiu-se que a manutenção do atual modelo de trabalho se mostrará, a médio prazo, insustentável, posto que produz uma massa endêmica de trabalhadores doentes, depressivos, esgotados que, por sua vez, deram início ao movimento de renúncia a empregos que os submetem a condições de trabalho extenuantes.

Palavras-chave: Síndrome de *Burnout*. Trabalho. Papel das empresas.

ABSTRACT:

Physical and emotional exhaustion due to work has become an increasingly common situation within companies. Its researchers have argued that burnout develops as a response to chronic stressors present in work organizations. This article aimed to analyze the Burnout Syndrome, considering its prevalence, possible risk factors for its development, and consequences for the individual with regard to the enjoyment of fundamental rights such as health, leisure, work and family life, also discussing the role of companies in ensuring the balance between work and health for workers. For this purpose, for data collection, a bibliographic and documentary research was carried out, whose results were analyzed using the deductive method. It was concluded that as the maintenance of the current work model will prove, in the medium term, unsustainable, since it produces an endemic mass of sick, depressive, exhausted workers who, in turn, started the movement to give up jobs. that subject them to strenuous working conditions.

Keywords: Burnout Syndrome. Work. Role of companies.

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (2004), Mestrado pela Universidad de Salamanca (2010) e é Doutora em Direito do Trabalho pela Universidad de Salamanca (2014). Advogada, com ênfase em Direito do Trabalho, atuando principalmente nos seguintes temas: proteção trabalho infantil, formação do cidadão, solidariedade empresarial trabalhista, função social, propriedade, jurisdição voluntária e direito sindical. Professora da Universidade de Fortaleza- UNIFOR, atualmente lecionando nas cadeiras de Introdução à Ciência do Direito, Direito do Trabalho I e Direito do Trabalho II. É tutora do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza. Professora Sócia do Curso Studium Ensino Jurídico. E-mail: alinepmaia@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Tem-se observado ser cada vez mais comum, inclusive fora do meio acadêmico, a presença do tema *burnout* na mídia. Seja nos jornais, nas redes sociais, ou, até mesmo em propagandas de mensagens especializadas para combater seus efeitos. Chama atenção o volume de matérias e a frequência com que o assunto tem sido tratado. O que tem ocasionado esse movimento? O que é o *burnout*?

O trabalho tem relevância primordial na vida das pessoas. Para grande parte delas é impossível a concepção de um mundo sem trabalho, principalmente em um contexto histórico de pandemia mundial. É quase inconcebível sentar-se a uma mesa, ainda que para uma conversa informal, e o assunto trabalho não se fazer evidente.

Trabalha-se, em média, pelo menos, 8h por dia. Na maior parte do dia o ser humano adulto encontra-se em seu ambiente laboral, submergido em assuntos dessa natureza, com a atenção voltada para esta atmosfera. Trata-se do centro da vida adulta. Para além disso, o mercado tem vendido a ideia de que “quanto mais trabalho, melhor”, ou “quanto mais se trabalha mais liberdade você terá”, ou ainda, trabalhe com o que você gosta e nunca mais precisará trabalhar na vida, o que acarreta desordens psicológicas de várias naturezas no ser humano, uma vez que se acaba associando trabalho a vida e conseqüentemente, sem trabalho não haveria vida.

Ideias como essas, associadas à tecnologia, possibilitam que o trabalho invada os horários dedicados ao lazer. Almoços são transformados em oportunidades de estabelecer uma rede de contatos importantes, aparelhos celulares que não param de fornecer informação e demandar o funcionário 24h por dia, já não importando tratar-se de hora de lazer, trabalho, horas dedicadas ao convívio familiar.

A preocupação com a empregabilidade virou uma fixação, uma neurose, a final de contas, o emprego que se tem vai influenciar o estilo de vida, onde se vive, o que se tem e isso acaba importando muito, considerando que estes são fatores de relevância para se ter o respeito da sociedade. Isto significa que o trabalho se tornou, para muitos, não só o seu meio de vida, mas o centro da sua vida, o seu centro de satisfação pessoal (ideia difundida pelas empresas).

Uma breve observação do atual cenário laboral revela que os trabalhadores, de modo geral, têm trabalhado mais, que o número de paralisações coletivas tem diminuído, que as pessoas se aposentam mais tarde, e como efeito desse movimento, direitos humanos e fundamentais como o direito à higidez física e psicológica, a vida privada, ao descanso à vida social têm sido ignorados. A longo prazo, isso tem levado o trabalhador ao cansaço, à fadiga, ao esgotamento. E o *burnout* vai além desse esgotamento, sendo bem mais complexo e profundo seus impactos.

O presente artigo pretende explorar o *burnout* como produto da conjuntura do mercado de trabalho descrito, analisar seu conceito, seu alcance nos diversos setores da vida do trabalhador e entender o papel das empresas frente a esse fenômeno que tem se tornado cada vez mais frequente na fala e na vida do trabalhador.

1. SÍNDROME DE *BURNOUT*: O TRABALHO QUE ADOECE

A expressão Síndrome de *Burnout*, proveniente do inglês “burn” (queima) e “out” (exterior), é utilizada para indicar exaustão física e mental, esgotamento extremo, cronificação de um estado de estresse provocado pelo meio ambiente de trabalho. A síndrome foi assim

nomeada pelo psicanalista alemão Herbert J. Freudenberger, na década de 1970, após identificar em si mesmo sintomas da síndrome.

Herbert J. Freudenberger usou a expressão em seu artigo *Staff Burn-out (1974)* sendo assim assinalado, pela maioria dos autores, como o primeiro a usá-la². À época, a intenção do psicanalista era advertir a comunidade científica acerca das perturbações funcionais a que estavam sujeitos os profissionais da saúde.

Esse estado de esgotamento físico e mental já havia sido relatado, na literatura, com outras nomenclaturas, como por exemplo, “‘overstrain’ (Breay, 1913), ‘neurocirculatory asthenia’ (Cohen & White, 1951), ‘surmenage’ (Tuke, 1882), e ‘fadiga industrial’ (Park, 1934)” (BENEVIDES-PEREIRA, 2002).

Independentemente da denominação recebida é notório que todas as expressões se referem a um estado de cansaço extremo do trabalhador, ligado ao desenvolvimento do seu labor. Segundo Bruno Valio (2018, p. 67), “Freudenberger observou comportamentos de depressão, irritabilidade, aborrecimento, perda de motivação, comportamento de fadiga, sobrecarga de trabalho, rigidez e inflexibilidade”³.

A discussão sobre a natureza do *burnout* vem se intensificando com o tempo, bem como vem se alterando seu conceito conforme se aprofunda sobre o tema. Seria o *burnout* uma questão médica? Seria uma questão filosófica? Seria o custo que se paga pelo modelo de trabalho?

A síndrome, antes classificada na CID10-Z73 (Classificação Internacional de Doenças), como “problemas relacionados com a organização de seu modo de vida” foi, recentemente, reconhecida pela OMS como um fenômeno ocupacional, ligado ao trabalho, e passará a ser classificada pela CID11-QD85, que deve entrar em vigor em 1º de janeiro de 2022. A OMS ainda declara⁴:

Burn-out é definido na CID-11 da seguinte forma: “Burn-out é uma síndrome conceituada como resultante do estresse crônico no local de trabalho que não foi administrado com sucesso. É caracterizado por três dimensões:

- sensação de esgotamento ou exaustão de energia;
- aumento da distância mental do trabalho ou sentimentos de negativismo ou cinismo relacionados ao trabalho; e
- eficácia profissional reduzida.

Uma intelecção mais acertada sobre o desenvolvimento do *burnout* demanda uma busca pela origem dessa patologia, pelos sintomas primários, até chegar-se ao estado de esgotamento máximo, que acaba gerando crises existenciais, sobre os propósitos de vida, estando todos estes questionamentos ligados ao papel que o trabalho desempenha na sua vida. Sem embargo, pergunta-se: deveria o trabalho tomar proporções tão grandes assim na vida do assalariado? Deveria ser o trabalho o que dá sentido à vida do homem?

Quando a própria OMS conceitua o *burnout* como um “esgotamento ou exaustão de energia”, isso, indubitavelmente, pode gerar uma mutabilidade no que significa esse esgotamento para cada indivíduo. O que faz com que surjam outras indagações, tais como: O *burnout* resulta em um período de tempo que você passou sem fazer uma pausa ou um certo grau de gravidade? Você pode ficar exausto ainda que não tenha uma carga de trabalho extrema? Viria a síndrome com a depressão? Você pode adorar seu trabalho, e ainda assim desenvolver *burnout*? O esgotamento causa uma mudança fundamental em como você pensa sobre o seu trabalho?

² BENEVIDES-PEREIRA, A.M.T. *Burnout: o processo de adoecer pelo trabalho*. In: BENEVIDES-PEREIRA, A.M.T. (Org). *Burnout: Quando o trabalho ameaça o bem-estar do trabalhador*. São Paulo, Ed. Casa do Psicólogo, 2002, p.22: “No entanto, como aponta Schaufeli & Ezman (1998), a adoção deste vocábulo já havia ocorrido a Bradley em 1969, propondo uma nova estrutura organizacional a fim de conter o fenômeno psicológico que acomete trabalhadores assistenciais, que denominou *staff Burnout*.”

³ VALIO, Marcelo Roberto Bruno. *Síndrome de Burnout e a responsabilidade do empregador*. São Paulo: LTr, 2018, p. 67.

⁴ Disponível em: <<https://www.who.int/news/item/28-05-2019-burn-out-an-occupational-phenomenon-international-classification-of-diseases>>. Acesso em: 15 set. 2021.

Para algumas pessoas, o esgotamento é apenas outra maneira de dizer que sua energia se esgotou e que precisam de férias. Mas, para outras, “esgotamento” é um vocábulo que implica em uma espécie de reflexão sobre a implacabilidade do trabalho.

Partindo dos seus estudos nos anos 1970, para Freudenberg, o estresse seria o ponto de partida ou a principal razão para ocorrência de *burnout*. Posto isto, faz-se necessário desenvolver um pouco o tema do estresse e do estresse ocupacional para melhor caracterizar a síndrome de esgotamento.

Pode-se definir o estresse como um estado criado pela assimilação de estímulos que provocam excitação emocional que gera grandes consequências nas cognições motoras da pessoa, causando uma reação natural no organismo humano quando este verifica situações de ameaça, injustiça ou perigo, causando assim, alterações psicofisiológicas⁵. Logo, ambientes que exponham o ser humano a cenários que provoquem irritação, medo, ou que frustrem as expectativas criadas por este, acabam originando uma decepção, uma desilusão em grande escala, com consequências físicas e psicológicas, como o cansaço extremo, exaustão, problemas de relacionamento, ansiedade, apreensão, indiferença, dentre outros efeitos.

O estresse ocupacional é aquele advindo do ambiente de trabalho, e faz-se necessário evidenciar que, embora o estresse ocupacional e o *burnout* sejam ocasionados por situações associadas ao trabalho, não se confundem. Explicam Abreu, Klayne Leite (2002)⁶ :

Devido ao fato de essas síndromes serem ocasionadas a partir de situações relacionadas ao trabalho, há quem desconsidere suas diferenças. No entanto, embora não haja na literatura um consenso em relação à gênese das mesmas, *burnout* não é o mesmo que estresse ocupacional. *burnout* é o resultado de um prolongado processo de tentativas de lidar com determinadas condições de estresse (Rabin, Feldman, & Kaplan, 1999). O estresse pode ser visto como seu determinante, mas não coincide com o mesmo. Farber (citado em Roazzi, Carvalho, & Guimarães, 2000) explora a idéia de que *burnout* não resulta só do estresse em si (que pode ser inevitável em profissões assistenciais), mas do estresse não mediado, do estresse não moderado, sem possibilidade de solução. Assim, *burnout* não é um evento, mas sim um processo e, apesar de compartilharem duas características - esgotamento emocional e escassa realização pessoal - *burnout* e estresse ocupacional diferem pelo fator despersonalização (Cherniss, citado em Roazzi, Carvalho, & Guimarães, 2000). León e Iguti (1999) consideram *burnout* como um quadro clínico mental extremo do estresse ocupacional. (ABREU, 2002)

Em um cenário onde o trabalho está cada vez mais precário, com um aumento do número de contratos de zero horas (intermitentes, como se nomeia no Brasil) ou de curto prazo⁷, crescimento do número de autônomos com rendimentos erráticos⁸, mais “reestruturações corporativas para aqueles que ainda têm empregos efetivos, exigência cada vez mais exacerbada

5 SILVA, Rodrigo Marques; GOULART, Carolina Tonini; GUIDO, Laura de Azevedo. Evolução histórica do conceito de estresse. **Rev. Cient. Sena Aires**. 2018; 7(2): 148-56, p. 150-151. Disponível em: <<http://revistafacesa.senaaires.com.br/index.php/revisa/article/viewFile/316/225>>. Acesso em: 15 set. 2021.

6 ABREU, Klayne Leite de et al. Estresse ocupacional e Síndrome de *Burnout* no exercício profissional da psicologia. **Psicologia: Ciência e Profissão** [online]. 2002, v. 22, n. 2 [Acessado 17 out. 2021], pp. 22-29. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1414-98932002000200004>>. Epub 06 set 2012. ISSN 1982-3703. <https://doi.org/10.1590/S1414-98932002000200004>.

7 Pode-se citar como exemplo, os dados coletados juntos a o DIEESE, (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos) divulgados por meio Boletim Emprego em Pauta, # 17, de dezembro de 2020, referentes aos números relacionados aos contratos intermitentes de trabalho, em 2019, no Brasil. Ao final de 2019, a remuneração mensal média dos vínculos intermitentes foi de R \$637,00 (seiscentos trinta e sete reais) o que equivalia a 64% do valor do salário mínimo no ano, destaca o boletim técnico do DIEESE. O número de contratos intermitentes representou 0,13% do estoque de empregos formais em 2018, 0,33%, em 2019, e 0,44%, em 2020. O Boletim também mostrou que “22% não tiveram renda”. Outro dado que merece atenção é o que fala sobre o baixo tempo de duração média desses contratos: um máximo 6 meses e meio. São 3 meses e meio de espera e 3 meses de trabalho efetivo. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/boletimempregoempauta/2020/boletimEmpregoEmPauta17.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2021.

8 Segundo a nota técnica “*Empleo e informalidad en América Latina y el Caribe: una recuperación insuficiente y desigual*”, divulgada pela OIT em 8 de setembro de 2021: “Cerca de 70% dos empregos gerados de meados de 2020 até o primeiro trimestre de 2021 são ocupações em condições de informalidade, segundo dados de um grupo de países latino-americanos, destaca o documento da OIT”. Válido recordar que, geralmente, tratam-se de ocupações com baixo rendimento, sem acesso a direitos sociais e bastante instáveis. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_819030/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 17 out. 2021

por alta produtividade e perfeição técnica, invasão do trabalho nos horários que deveriam ser dedicados ao descanso, ao lazer, à desconexão, não é difícil visualizar que o enfrentamento a essa conjuntura levará, impreterivelmente, o trabalhador ao estresse crônico, e possivelmente ao desenvolvimento da Síndrome de *Burnout*.

Consequências dessa natureza dentro do ambiente de trabalho, vão de encontro às normativas internacionais da OIT⁹, bem como direitos fundamentais dos trabalhadores, como a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII, CF/88).

2. *BURNOUT* VERSUS A IDEIA: “NÃO É TRABALHO SE VOCÊ AMA O QUE FAZ”

Ideias como “não é trabalho se você ama o que faz” ou “faça o que ama e nunca precisará trabalhar” são introjetadas diariamente no pensamento humano. Acreditar em idealizações como essa traz uma grande frustração para o trabalhador, pois este passa a crer que a função do trabalho transpassa a de ser um meio para obter-se certa estabilidade financeira, carregando agora também o peso de servir de sustento emocional.

A partir do momento em que o trabalho passa ser visto dessa forma, o esgotamento, e a impossibilidade de manter essas bases em pé acabam adoecendo o trabalhador. A ideia da existência do emprego dos sonhos, e a ânsia para encontrá-lo e exercê-lo é muito perigosa, pois faz com que os trabalhadores aceitem qualquer tipo de exploração, no ambiente laboral, por pura deferência em ocupar aquele cargo. E assim, o empregado, sem que ninguém o tenha exigido, de forma autônoma e independente, passa a almejar a meta de dedicar-se a uma jornada de 24/7, ou seja, trabalhar por 24h, 7 dias da semana. Já não há fim da jornada, como afirmado anteriormente, os ambientes de trabalho, de lazer e o de casa se confundem. Por meio do uso difundido dos aparelhos eletrônicos, os trabalhadores se encontram ao alcance da empresa e disponíveis a qualquer momento.

Para além da quebra das barreiras ambientais, existe uma ruptura na própria essência da pessoa, que, na busca por essa locupletação emocional, espiritual e financeira, aproveita qualquer momento para se dedicar direta ou indiretamente ao labor, seja criando uma rede contatos durante momentos de lazer, seja consumindo informação a toda hora.

Quem aguenta, por tanto tempo, um ritmo como esse? O filósofo Byung-Chul Han, autor da obra “Sociedade do cansaço”, descreve esse com uma clareza intrigante esse cenário:

A sociedade do trabalho e a sociedade do desempenho não são sociedades livres. Elas geram novas coerções. A dialética do senhor e escravo está, não em última instância, para aquela sociedade na qual cada um é livre e que seria capaz também de ter tempo livre para o lazer. Leva, ao contrário, a uma sociedade do trabalho, na qual o próprio senhor se transformou num escravo do trabalho. Nessa sociedade coercitiva, cada um carrega consigo seu campo de trabalho. A especificidade desse campo de trabalho é que somos ao mesmo tempo prisioneiro e vigia, vítima e agressor. Assim, acabamos explorando a nós mesmos. Com isso, a exploração é possível mesmo sem senhorio. (HAN, 2015, p. 46-47)

Diante desse panorama, crescem os índices do aumento de trabalho informal, sob a desculpa de que se trataria de empreendedorismo, quando não passa de uma desregulamentação e supressão de direitos fundamentais trabalhistas. A ideia de ser livre para trabalhar esconde a

⁹ A Convenção 155 da OIT estabeleceu normas e princípios ressaltando a importância da participação, não somente do Governo, como também de empregadores e empregados, na elaboração de uma política sobre a Saúde e Segurança do Trabalho, além, também, da preocupação com o meio ambiente. Esta Convenção em seu artigo 4.2 da Convenção 155 declara, como um dos principais objetivos, que a política (Política Nacional de Segurança e Saúde do Trabalho) “terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou que se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho”.

lastimável verdade de que a única liberdade existente por trás disso é a liberdade para trabalhar até o esgotamento.

Ainda segundo o mesmo autor, a sociedade do século 21 se trata da sociedade de desempenho, sendo seus sujeitos empresários de si mesmos. Esse sujeito do desempenho é marcado pelo excesso de positividade, programando para si uma forma ideal de existência. O excesso de positividade empregado para obtê-la o conduz, inevitavelmente, ao esgotamento comum dos sofrimentos psíquicos da atualidade, que são, na visão do autor, especialmente a Síndrome de *Burnout* e a depressão. Como bem explica Han (2015, p. 27): “O que causa a depressão do esgotamento não é o imperativo de obedecer apenas a si mesmo, mas a *pressão do desempenho*. Visto a partir daqui, a Síndrome de *Burnout* não expressa o si mesmo esgotado, mas antes a alma consumida”. O indivíduo da sociedade de desempenho explora a si mesmo, até devorar-se por completo, o que explica o *burnout*.

Mas a indagação mais importante seria: a quem interessa esse modelo de trabalho? Alguém deve levar vantagem com essa configuração laboral. Uma vez mais, o autor indica a resposta a essa indagação:

A autoexploração é muito mais eficiente que a exploração estranha, pois caminha de mãos dadas com o sentimento de liberdade. Paradoxalmente, o primeiro sintoma do burnout é a euforia. Lançamo-nos eufóricos ao trabalho. Por fim acabamos quebrando. Na época do relógio de ponto era possível estabelecer uma clara separação entre trabalho e não trabalho. Hoje edifícios de trabalho e salas de estar estão todos misturados. Com isso torna-se possível haver trabalho em qualquer lugar e a qualquer hora. Laptop e smartphone formam um campo de trabalho móvel. (HAN, 2017, p. 115-116)

Observando os números da Síndrome de *Burnout* no Brasil, tem-se o seguinte panorama: de acordo com o levantamento anual da Previdência, feito em 2019, ocorreram, aproximadamente, de 455 afastamentos de profissionais do local de trabalho em decorrência da Síndrome de *Burnout*. Comparando este resultado com os números de 2018, que apontavam 309 afastamentos, percebe-se um incremento de 32,10% em um ano. No ano de 2006, quando divulgado o primeiro relatório do órgão, não foi registrado nenhum caso da síndrome, inferindo-se assim que, em um lapso temporal de 13 anos, ocorreu um aumento de 455% de novos casos. Em 2020, foram 610 concessões. Segundo pesquisa realizada pela International Stress Management Association (ISMA), 30% dos mais de 100 milhões de trabalhadores brasileiros sofrem com o problema¹⁰. O Isma ainda realizou um levantamento internacional sobre o estresse dentro das organizações e determinou que o Brasil ocupa o primeiro lugar entre os países do Ocidente quando se trata do tema¹¹.

Pesquisas realizadas por entes mais específicos, como Instituto de Psicologia e Controle do Stress (IPCS), revelam que 34% da população brasileira enfrenta diariamente estresse excessivo, e para 16,58% dos entrevistados, o terceiro principal motivo causador desse esgotamento mental é a sobrecarga no trabalho¹². Diante desses números, e desse panorama, qual seria o papel das empresas? Como compatibilizar trabalho e saúde, em um mundo onde o trabalho ocupa o centro das atenções? O próximo ponto de será dedicado a sugestões de procedimentos que poderiam ser utilizados pelas empresas para harmonizar um cenário com trabalhadores saudáveis e produtivos.

¹⁰ Disponível em: <<http://www.ismabrasil.com.br/noticia/cuidado-com-a-sindrome-de-burnout-o-povo>>. Acesso em: 18 out. 2021.

¹¹ Disponível em: <<http://www.ismabrasil.com.br/?obj=site&con=artigos&con=artigos&q=burnout>>. Acesso em: 18 out. 2021.

¹² Disponível em: <<https://www.estresse.com.br/pesquisas-2/>>. Acesso em: 18 out. 2021.

3. O PAPEL DAS EMPRESAS: COMO COMPATIBILIZAR O BINÔMIO TRABALHO-SAÚDE

O trabalho está cada vez mais precário e vem adoecendo as pessoas. Mas em um mundo onde o trabalho, como afirmado antes, é centro das atenções, mudar essa perspectiva levaria tempo, considerando o quanto da identidade das pessoas são definidas pelo trabalho.

A concepção de um mundo pós trabalho, baseado na ideia radical de um mundo sem empregos, livre de trabalho, total ou parcialmente, já persevera há muitos anos, manifestando-se de maneira intervalada no tempo. John Maynard Keynes, economista americano, previu, em 1931, em um curto ensaio publicado sob o intitulado “Possibilidades Econômicas para Nossos Netos” que as futuras gerações trabalhariam apenas 15 horas por semana¹³. Em 2000, Erik Raunch, biofísico e ecologista do MIT, foi além, declarando que seria necessário trabalhar apenas 11 horas por semana¹⁴.

Sem embargo, não trabalhar não se trata de uma opção para a grande maioria das pessoas, pois estas precisam de seus empregos, por uma questão de necessidade financeira. Apresentar uma renúncia, pedir demissão, em detrimento da saúde, trata-se, na realidade, apenas de uma agradável ilusão, e não de uma opção real para grande parte da população. Então, o que as empresas podem fazer para ajudar seus colaboradores, evitando o desenvolvimento de doenças como a Síndrome de *Burnout*?

Seria preciso restaurar a infraestrutura do trabalho, reestruturando a relação que as empresas têm com seus funcionários. Adotar novas medidas internas de conduta, como flexibilização da jornada, cobrança de metas mais realistas, em conformidade com realidade econômica do país, já seria um bom início.

Do que adianta receber comunicados internos do RH da empresa, com instruções como relaxar, praticar o autocuidado, uma vez que a empresa não garante, de fato, aos empregados, tempo efetivo longe do trabalho, ou de férias?

Em novembro de 2021, Portugal aprovou a lei apelidada de “Lei do descanso”, lei que proíbe os empregadores de contatar os trabalhadores fora de seu horário normal de expediente, seja por telefone, mensagem ou e-mail. Tal medida visa o respeito, por parte do empregador, aos momentos de descanso, lazer e convivência familiar do trabalhador, que, em conjunto com o direito ao trabalho, se tratam de direitos fundamentais, e por essa qualidade devem ser igualmente respeitados. Essa medida foi impulsionada em decorrência da adoção massiva do teletrabalho, modelo amplamente difundido com a pandemia da Covid-19. Foi necessária uma lei para restabelecer limites legais já existentes, o que demonstra, claramente, que outros limites como o que é casa, o que é trabalho, já haviam sido transpassados. Dentre outras medidas trazidas pela lei, merece destaque outra preocupação com a saúde dos colaboradores: a organização de encontros presenciais regulares entre estes, para garantir que trabalhadores em regime remoto não se sintam isolados.

Outras medidas vêm sendo implementadas em alguns países, que optaram por diminuir o número de dias trabalhados na semana, em uma tentativa de restabelecer o equilíbrio entre a vida e o trabalho. Na Nova Zelândia, a empresa Perpetual Guardian fez o experimento de reduzir a jornada semanal de cinco para quatro dias, durante duas semanas do mês. Em seguida, pesquisadores da Universidade de Auckland e da Universidade de Tecnologia de Auckland entrevistaram os empregados e obtiveram o seguinte resultado: 24% declararam que o equilíbrio entre trabalho e vida pessoal melhorou, e 7% perceberam redução do estresse. Não houve registro de redução na produtividade.

¹³ Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fio407200918.htm>>. Acesso em: 18 out. 2021.

¹⁴ Disponível em: <<https://exame.com/carreira/este-e-o-maximo-de-horas-que-voce-deve-trabalhar-para-se-sentir-bem/>>. Acesso em: 18 out. 2021.

Experimentos similares têm sido aplicados em vários países, por tempo mais prolongado, como na cidade de Reykjavik, na Islândia, que durante um ano, diminuiu pela metade um dia de trabalho por semana e, a exemplo do que ocorreu com a Nova Zelândia, demonstraram que a produtividade e os custos se mantiveram ainda que o tempo de trabalho fosse reduzido. Podem ainda ser citados países como a Suécia e o Japão.

Ainda que as medidas não tenham sido mantidas, a realização desses experimentos tem extrema importância, pois indicam, que se inicia um processo de preocupação com as “novas” doenças ocupacionais.

Um fenômeno histórico que vem chamando a atenção, nos Estados Unidos ficou conhecido como “A Grande Renúncia” vem chamando atenção pelo número, sem precedentes, de pedidos de demissão. Segundo dados da Secretaria do Trabalho americana, cerca de 4,3 milhões de norte-americanos optaram por deixar o emprego no mês de agosto de 2021¹⁵. A existência de programas de auxílio social foi apontada como a causadora dessa massa de pessoas que saíram, por opção de seus empregos, mas mesmo nos estados onde os auxílios foram diminuídos, não houve aumento na busca de postos de trabalho. Em outros países como a Alemanha, Espanha, China e Vietnã, já registram dados que apontam um movimento similar¹⁶.

Outra explicação para esse fenômeno seria o início de uma reconfiguração do mercado de trabalho: vale a pena submeter-se a qualquer condição de trabalho por dinheiro, ou melhor dizendo, por baixos salários, utilizados constantemente como justificativa para criação de mais postos de trabalho? Por um mercado definido por trabalhos extenuantes, em que nascem a ansiedade, a frustração, o esgotamento, o estresse, bem como a abdicação crescente à vida familiar, sem muitas chances de encontrar trabalho em melhores condições? O adoecimento dessa massa de trabalhadores tem colocado essa estrutura em xeque.

Fenômenos como esse servem para lembrar aos empregadores que o futuro deles também poderá ser precário se seus colaboradores não forem observados e tratados com zelo e cuidado. Melhorar e ressignificar essa estrutura de trabalho, devolver direitos trabalhistas, melhorar salários, é preciso. O mundo começa a revelar que o principal problema já não é a falta de postos de trabalho, mas postos de trabalho dignos, com salário dignos, em que os trabalhadores não sejam explorados até o esgotamento físico e mental.

CONCLUSÃO

Em um cenário onde o trabalho está cada vez mais precário, com um aumento do número de contratos de zero horas (intermitentes, como se nomeia no Brasil) ou de curto prazo, crescimento do número de autônomos com rendimentos erráticos, mais “reestruturações” corporativas para aqueles que ainda têm empregos efetivos, exigência cada vez mais exacerbada por alta produtividade e perfeição técnica, invasão do trabalho nos horários que deveriam ser dedicados ao descanso, ao lazer, à desconexão.

O mercado de trabalho encontra-se marcado por trabalhos extenuantes, causadores de extrema ansiedade, de frustração, de esgotamento, de estresse, bem como a abdicação crescente à vida familiar, sem muitas chances de encontrar trabalho em melhores condições.

Apesar do panorama descrito, a ideia da existência do emprego dos sonhos, e a ânsia para encontrá-lo e exercê-lo faz com que os trabalhadores aceitem qualquer tipo de exploração, no ambiente laboral, por pura deferência em ocupar aquele cargo. E assim, o empregado, sem que ninguém o tenha exigido, passa a almejar a meta de dedicar-se a uma jornada de 24/7, ou

¹⁵ Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/colunas/carlos-juliano-barros/2021/10/26/a-grande-renuncia-por-que-pedidos-de-demissao-vem-batendo-recordes-nos-eua.htm>>. Acesso em: 20 out. 2021.

¹⁶ Disponível em: <<http://abet-trabalho.org.br/a-grande-renuncia-ao-emprego-ruim/>>. Acesso em: 20 out. 2021.

seja, trabalhar por 24h, 7 dias da semana. Já não há fim da jornada, e os ambientes de trabalho, de lazer e o de casa se confundem. Por meio do uso difundido dos aparelhos eletrônicos, os trabalhadores se encontram ao alcance da empresa e disponíveis a qualquer momento.

Não é difícil visualizar que o enfrentamento a essa conjuntura levará, impreterivelmente, o trabalhador ao estresse crônico, e possivelmente ao desenvolvimento da Síndrome de *Burnout*, ao esgotamento crônico, a perda de si mesmo.

Sem embargo, não trabalhar não se trata de uma opção para a grande maioria das pessoas, pois estas precisam de seus empregos, por uma questão de necessidade financeira. Então, o que as empresas podem fazer para ajudar seus colaboradores, evitando o desenvolvimento de doenças como a Síndrome de *Burnout*?

Seria preciso restaurar a infraestrutura do trabalho, reestruturando a relação que as empresas têm com seus funcionários. Adotar novas medidas internas de conduta, como flexibilização da jornada, cobrança de metas mais realistas, em conformidade com realidade econômica do país, já seria um bom início.

Os empregadores têm um papel importante de serem meio para compatibilizar o binômio trabalho-saúde. O futuro deles também poderá ser precário se seus colaboradores não forem observados e tratados com zelo e cuidado. Melhorar e ressignificar essa estrutura de trabalho, devolver direitos trabalhistas, melhorar salários, é preciso.

Por meio de fenômenos sociais como “A Grande Renúncia” o mundo começa a revelar que o principal problema já não é a falta de postos de trabalho, mas postos de trabalho dignos, com salário dignos, em que os trabalhadores não sejam explorados até o esgotamento físico e mental.

REFERÊNCIAS

ABREU, Klayne Leite de et al. Estresse ocupacional e Síndrome de *Burnout* no exercício profissional da psicologia. **Psicologia: Ciência e Profissão** [online]. 2002, v. 22, n. 2 [Acessado 17 out. 2021], pp. 22-29. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1414-98932002000200004>>. Epub 06 set 2012. ISSN 1982-3703. <https://doi.org/10.1590/S1414-98932002000200004>.

BENEVIDES-PEREIRA, A.M.T. (Org). ***Burnout***: Quando o trabalho ameaça o bem-estar do trabalhador. São Paulo, Ed.Casa do Psicólogo, 2002.

FERNANDES, Sandra Michelle Bessa de Andrade; MEDEIROS, Soraya Maria; RIBEIRO, Laiane Medeiros. Estresse ocupacional e o mundo do trabalho atual: repercussões na vida cotidiana das enfermeiras. **Revista Eletrônica de Enfermagem**. 2008; 10(2): 414-427, p. 417. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11874/1/ARTIGO_Estresse_OcupacionalMundo.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. 2ª ed. Ampliada. Rio de Janeiro: Vozes, 2017.

SILVA, Rodrigo Marques; GOULART, Carolina Tonini; GUIDO, Laura de Azevedo. Evolução histórica do conceito de estresse. **Rev. Cient. Sena Aires**. 2018; 7(2): 148-56, p. 150-151. Disponível em: <<http://revistafacesa.senaaires.com.br/index.php/revisa/article/viewFile/316/225>>. Acesso em: 15 set. 2021.

VALIO, Marcelo Roberto Bruno. **Síndrome de *Burnout* e a responsabilidade do empregador.** São Paulo: LTr, 2018. Disponível em: <<https://www.who.int/news/item/28-05-2019-burn-out-an-occupational-phenomenon-international-classification-of-diseases>>. Acesso em: 15 set. 2021.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

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

PERSPECTIVAS À EFETIVAÇÃO DA ESTRATÉGIA
NACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL: O PLANO
BIENAL 2021-2023 E O PAPEL DOS NÚCLEOS DE
INOVAÇÃO TECNOLÓGICA

TUANA PAULA LAVALL
CRISTIANI FONTANELA
ANDRÉA DE ALMEIDA LEITE MAROCCO

PERSPECTIVAS À EFETIVAÇÃO DA ESTRATÉGIA NACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL: O PLANO BIENAL 2021-2023 E O PAPEL DOS NÚCLEOS DE INOVAÇÃO TECNOLÓGICA

PERSPECTIVES FOR THE EFFECTIVENESS OF THE NATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY STRATEGY: THE 2021-2023 BIENNIAL PLAN AND THE ROLE OF THE TECHNOLOGICAL INNOVATION CENTERS

Recebido: 01/03/2022
Aprovado: 04/01/2023

Tuana Paula Lavall¹
Cristiani Fontanela²
Andréa de Almeida Leite Marocco³

RESUMO:

A Estratégia Nacional de Propriedade Intelectual (ENPI), instituída como mecanismo de fomento à inovação e à proteção das criações, impõe desafios aos atores que participam do Sistema Nacional de Propriedade Intelectual (SNPI), incluindo as Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação (ICTs). Este artigo analisa qual o papel dos Núcleos de Inovação Tecnológica (NITs) — estruturas responsáveis pela gestão da propriedade intelectual nas ICTs — na realização da ENPI, com enfoque nos eixos 1 e 2 do Plano de Ação 2021-2023. Para tanto, emprega o método de procedimento dedutivo e o método de abordagem qualitativo, e utiliza as técnicas da pesquisa documental e bibliográfica. Os resultados apontam que a atuação dos NITs e as ações previstas no Plano 2021-2023 convergem em, pelo menos, duas frentes: a que visa a implementação de projetos para o incremento do número de registro de propriedade intelectual e a que pretende a disseminação da ENPI na comunidade, especialmente, entre as empresas. Assim, conclui-se que, em um cenário de escassez de recursos, os NITs, em razão de já estarem implementados e atuando na área de propriedade intelectual em um número expressivo de ICTs brasileiras, podem contribuir para a execução do primeiro Plano de Ação da ENPI.

Palavras-chave: Direitos de propriedade intelectual. Estratégias Nacional de Propriedade Intelectual. Núcleos de Inovação Tecnológica.

Classificação JEL: K11

¹ Mestra e graduada em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Unochapecó). Pesquisadora-bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado de Santa Catarina (Fapesc), Edital de Chamada Pública nº 24/2021. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Relações Internacionais, Direito e Poder: atores e desenvolvimento pluridimensional, da Unochapecó. E-mail: tuanalavall@gmail.com

² Doutora e mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD), nível Mestrado, da Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Unochapecó). Coordenadora do Núcleo de Inovação e Transferência Tecnológica (NITT), da Unochapecó. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito, Democracia e Participação Cidadã, da Unochapecó. E-mail: cristianifontanela@unochapeco.edu.br

³ Doutora e mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD), nível Mestrado, da Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Unochapecó). Pró-Reitora de Pesquisa, Extensão, Inovação e Pós-graduação da Unochapecó. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito, Democracia e Participação Cidadã, da Unochapecó. E-mail: andream@unochapeco.edu.br

ABSTRACT:

The National Intellectual Property Strategy (ENPI), established as a mechanism to foster innovation and protect creations, imposes challenges on the actors that participate in the National Intellectual Property System (SNPI), including Scientific, Technological and Innovation Institutions (ICTs). This article analyzes the role of Technological Innovation Centers (NITs) — structures responsible for managing intellectual property in ICTs — in carrying out ENPI, focusing on axes 1 and 2 of the 2021-2023 Action Plan. To do so, it employs the deductive procedure method and the qualitative approach method, and uses the techniques of documental and bibliographic research. The results indicate that the performance of the NITs and the actions provided for in the 2021-2023 Plan converge on at least two fronts: the one that aims to implement projects to increase the number of intellectual property registrations and the one that intends to disseminate the ENPI in the community, especially among companies. Thus, it is concluded that, in a scenario of scarcity of resources, the NITs, because they are already implemented and working in the area of intellectual property in a significant number of Brazilian ICTs, can contribute to the execution of the first Action Plan of the ENPI.

Keywords: Intellectual property rights. National Intellectual Property Strategy. Technological Innovation Centers.

JEL Classification: K11

INTRODUÇÃO

No Brasil, nas últimas duas décadas, políticas de Estado, como as Leis 10.973/04 e 13.243/16, pretenderam induzir, ainda que lenta e timidamente, uma reorganização da matriz produtiva, elegendo a inovação e a pesquisa científica e tecnológica como impulsionadoras do desenvolvimento. A dinamização da economia, por meio desses processos, renovou a importância dos mecanismos de proteção aos direitos de propriedade intelectual, como forma de obter retorno aos investimentos e ganhos em competitividade, e reforçou a necessidade de um sistema que atendesse, de forma eficiente, a demanda dos criadores, inventores e demais agentes envolvidos.

Uma das mais recentes iniciativas adotadas para a modernização do Sistema Nacional de Propriedade Intelectual (SNPI) foi a Estratégia Nacional de Propriedade Intelectual (ENPI), aprovada em 2020. Embora tenha sido idealizada a partir das potencialidades do governo na promoção da propriedade intelectual, a Estratégia, e especialmente o seu primeiro Plano de Ação, cujo prazo é 2021-2023, vêm à tona em um momento de cortes no orçamento de setores estratégicos para o alcance das metas propostas, como o Ministério de Ciência, Tecnologia e Inovações (MCTI)⁴.

Essa realidade, reconhecida no próprio texto do Plano, aconselha pensar a realização da ENPI a partir, também, da colaboração de atores que já estejam estruturados e atuando na temática da propriedade intelectual. É o caso dos Núcleos de Inovação Tecnológica (NITs), setores que fazem a gestão da inovação e da propriedade intelectual nas Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação (ICTs).

4 Em 2021, o orçamento do MCTI sofreu uma redução de 29% dos seus recursos, em comparação com 2020. O orçamento total previsto para o MCTI, naquele ano, foi da ordem de R\$ 8,3 bilhões, comparado a R\$ 11,8 bilhões em 2020. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). *Jornal da USP. Orçamento de 2021 compromete o futuro da ciência brasileira*. Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/orcamento-2021-compromete-o-futuro-da-ciencia-brasileira/>. Acesso em: 01 fev. 2022.

Considerando esse cenário, o objetivo geral do trabalho consiste em analisar qual o papel dos Núcleos de Inovação Tecnológica (NITs) na realização da ENPI, com enfoque nos eixos 1 e 2 do Plano de Ação 2021-2023. De forma específica, pretende-se descrever como se encontra estruturado e quais os principais desafios do SNPI; esquematizar o processo de elaboração e os aspectos gerais da ENPI; e identificar os pontos convergentes entre a atuação dos NITs e as ações descritas nos eixos 1 e 2 do Plano de Ação 2021-2023 para a execução da ENPI.

A partir desses objetivos, o artigo encontra-se dividido, além desta introdução e da conclusão, em três seções. A primeira oferece uma visão panorâmica dos instrumentos legais e das estruturas institucionais que atuam na proteção dos direitos de propriedade intelectual no Brasil, apontando algumas das deficiências desse sistema, a partir de relatórios de diagnóstico, elaborados por entidades públicas, e da literatura. A segunda sintetiza as etapas da construção da ENPI e descreve os eixos de ação que ela propõe. A terceira seção analisa as metas e ações do Plano 2021-2023, especialmente as do eixo 1 e 2, a partir das competências dos NITs, estabelecidas na lei e reportadas pelo Formulário sobre a Política de Propriedade Intelectual do Brasil (Formict).

Quanto aos aspectos metodológicos, empregou-se, na pesquisa que deu origem ao artigo, o método de procedimento dedutivo e o método de abordagem qualitativo. Utilizaram-se as técnicas da pesquisa documental e bibliográfica, com consulta à legislação, a relatórios de órgãos de governo e de organizações internacionais, além de livros e artigos científicos, em língua portuguesa e estrangeira. As traduções dispostas no texto são de inteira responsabilidade das autoras.

1. SISTEMA NACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL: DESAFIOS E POSSIBILIDADES

O fenômeno globalizante, em curso desde a segunda metade do século XX, provocou transformações em diversas esferas da vida social. Fatores como o aumento do fluxo de informações, a instantaneidade da comunicação e a integração dos mercados impulsionaram o surgimento de uma matriz econômica baseada no conhecimento. Diferente da economia industrial, caracterizada pela produção massificada, a economia do conhecimento se ancora na diversidade dos produtos, para atender a demandas de consumo cada vez mais perfilizadas, em um mercado altamente competitivo.

Nesse universo, a inovação desponta como motor para o desenvolvimento econômico. A partir das “novas combinações”, isto é, das combinações, de materiais e forças, diferente das já existentes, modifica-se o estado de equilíbrio de uma economia, promovendo o seu avanço (SCHUMPETER, 1997, p. 75-76). Inovação significa, aqui, “[...] a introdução, com êxito, no mercado, de produtos, serviços, processos, métodos, e sistemas que não existiam anteriormente, ou contendo alguma característica nova e diferente do padrão em vigor” (AGUSTINHO; GARCIA, 2018, p. 225).

O estímulo à inovação põe em questão as formas de proteger ativos intangíveis que dela decorrem. De um lado, mostra-se importante um sistema de proteção à propriedade intelectual que assegure ao inventor ou autor o direito de ser reconhecido por sua obra, de desfrutar do retorno econômico por ela proporcionado e de impedir a sua exploração por pessoas não autorizadas. De outro, espera-se que esse sistema não seja rígido a ponto de, ao oferecer uma proteção ilimitada, inviabilizar novas pesquisas e produtos, estagnando o desenvolvimento tecnológico (BAGNATO; SOUZA; MURAKAWA, 2016, p. 5-6).

Por sistema de propriedade intelectual, entende-se o conjunto de estruturas legais, administrativas e de execução, relacionadas à propriedade intelectual, e que são movimentadas por diferentes atores, de natureza governamental e não governamental (BRASIL, 2020, p. 29). O sistema de propriedade intelectual de um país, nas palavras de Sílvio Garcez Júnior e Jane Moreira (2017, p. 172), “[...] é criado para garantir a propriedade ou a exclusividade resultante da atividade intelectual nos campos industrial, científico, artístico e literário”.

No mundo globalizado, o desenho dos sistemas nacionais de propriedade intelectual sofre influência de diretrizes internacionais, especialmente dos tratados dos quais os países são signatários. No âmbito da governança dos direitos de propriedade intelectual, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), agência autofinanciável da Organização das Nações Unidas (ONU), desempenha um papel importante na condução de serviços, políticas e da cooperação internacional em matéria de propriedade intelectual (WIPO, 2022, n.p).

De acordo com a OMPI, o sistema brasileiro de propriedade intelectual, ou Sistema Nacional de Propriedade Intelectual (SNPI) conta com 149 instrumentos legais — incluindo legislação e textos de emenda, resoluções, instruções normativas, portarias, entre outros — e encontra-se dividido em, pelo menos, quatro grandes núcleos (WIPO, 2022, n.p; BAGNATO; SOUZA; MURAKAWA, 2016, p. 6-7). O primeiro abrange os direitos de propriedade industrial, na forma de patentes, marcas, desenhos e modelos industriais, indicações geográficas, segredos industriais e repressão à concorrência desleal, conforme o regime jurídico estabelecido pela Lei 9.274/96, com as alterações promovidas pelas Leis 10.196/2001 e 14.195/2021.

O segundo eixo compreende os direitos de autor e conexos, relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas e intérpretes, às execuções dos artistas e executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, nos termos da Lei 9.610/98, alterada pela Lei 12.853/2015. No terceiro grupo, situa-se a proteção aos programas de computador, conferida pela Lei 9.609/98; e no quarto, as proteções *sui generis*, notadamente a proteção às cultivares (Lei 9.456/97), às topografias de circuitos integrados (Lei 11.484/07) e ao conhecimento tradicional (Lei 13.123/2015).

Como se percebe, foi a partir dos anos 1990 que o marco legal da propriedade intelectual ganhou vulto no Brasil. Esse movimento é explicado a partir de fatores internos e externos. Internamente, a “[...] consolidação da transição democrática com a realização da primeira eleição direta para Presidente da República, a abertura comercial, a estabilização da moeda e a reforma do Estado” (BUAINAIN; SOUZA, 2018, p. 60), transformaram a economia do país, abrindo espaço para novos tipos de negócios. No cenário externo, a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), o Acordo Trips e o Consenso de Washington exigiram adequações nas regulações, para que o país pudesse fazer frente à concorrência internacional (BUAINAIN; SOUZA, 2018, p. 12).

Paralelo aos instrumentos legais, no campo institucional, a gestão da proteção à propriedade intelectual teve seus mecanismos desenvolvidos e aperfeiçoados ao longo dos anos, sendo exercida de modo fragmentário, atualmente. Desde 1970, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) — hoje vinculado ao Ministério da Economia — conduz o sistema de concessão e garantia de direitos de propriedade industrial. Ele é responsável pelo registro de marcas, desenhos industriais, indicações geográficas, programas de computador e topografias de circuitos, pela concessão de patentes e pelas averbações de contratos de franquia e de transferência tecnológica (BRASIL, 2020, p. 58).

A coordenação das atividades relativas aos direitos autorais compete a diferentes entidades. A Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), subordinada ao Ministério da Educação, é quem registra as obras artísticas e visuais. O registro de livros e textos, assim como o de partituras musicais, cabe ao Escritório de Direitos Autorais (EDA),

pertencente à pasta do Ministério da Cidadania. A Escola de Música da UFRJ pode atuar, também, no registro de partituras. Quanto às plantas e aos projetos arquitetônicos, a atribuição é do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (CONFEA), por meio dos Conselhos Regionais de Engenharia e Agronomia (CREAs). Já o registro dos produtos audiovisuais — publicitários ou não-publicitários —, recai, informalmente, desde a extinção do Instituto Nacional de Cinema, em 1975, à Agência Nacional do Cinema (ANCINE) (BRASIL, 2020, p. 58).

No tocante às cultivares, o Serviço Nacional de Proteção a Cultivares (SNPC), criado em 1997, é o órgão competente para a análise e concessão da proteção. Nos casos do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado, por outro lado, não se aplica registro ou depósito, mas há necessidade de cadastro no Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGen), órgão colegiado, presidido pelo Ministério do Meio Ambiente (BRASIL, 2020, p. 58).

A proteção aos direitos de propriedade intelectual, no âmbito do governo federal, atravessa, portanto, diferentes ministérios, mobilizando, em cada um dos órgãos envolvidos, pessoal, recursos, regramentos e procedimentos próprios. A partir dos anos 2000, a demanda pelas serviços oferecidos nesses espaços aumentou, em decorrência dos incentivos introduzidos pela Lei da Inovação (Lei 10.973/2004) e, posteriormente, pelo marco legal da Ciência, Tecnologia e Inovação (C,T&I) (Lei 13.243/2016), que aqueceram as atividades de pesquisa científica e tecnológica no Brasil.

O número de pedidos de registro de patente de invenção, por exemplo, passou de 19,58 mil, em 1999, para 27,44 mil, em 2018, segundo dados do INPI (2019, p. 18). No mesmo intervalo, as solicitações anuais para registro de programas de computador saltaram de 460 para 2.511 (INPI, 2019, p. 23). Esse novo momento evidencia a necessidade de um sistema de proteção à propriedade intelectual robusto, capaz de dar suporte aos inventores e criadores, e, não por acaso, o aumento da demanda expõe as lacunas e fragilidades do sistema de proteção vigente.

Entre os problemas identificados, destacam-se os desequilíbrios no uso do sistema, ora com subutilização ora com sobreutilização da proteção jurídica; a falta de visão estratégica em propriedade intelectual, pelas empresas; a carência de profissionais capacitados para a atuação na área; a predominância de políticas e ações governamentais pontuais e de curto prazo; a defasagem das legislações; e a dificuldade de inserção internacional do Brasil no campo da propriedade intelectual (BRASIL, 2020, n.p).

José Matias-Pereira (2011, p. 584) reporta a existência de “[...] dificuldades na administração das políticas de proteção à propriedade intelectual, em particular, no segmento de registro de patentes”. Na pesquisa do autor, foi consenso entre os entrevistados — 33 gestores de empresas de grande, médio e pequeno porte — que o Estado precisa “[...] orientar as políticas públicas na área de propriedade industrial, principalmente no que se refere à reestruturação e fortalecimento do Inpi, com vista a tornar mais eficiente a administração do sistema público de proteção da propriedade industrial no Brasil” (MATIAS-PEREIRA, 2011, p. 583).

Na mesma direção, Antonio Buainain e Roney Souza (2018, p. 11) sustentam que a legislação brasileira referente à propriedade intelectual requer atualização e, especificamente, sobre o INPI, consideram haver fragilidades institucionais, técnicas e de pessoal. Nas palavras desses autores, “[...] apesar de a importância do Sistema de PI para o desenvolvimento do Brasil ser inquestionável, ao longo de sua história o INPI não foi valorizado como uma instituição de Estado relevante”, apresentando baixo desempenho em funções estratégicas (BUAINAIN; SOUZA, 2018, p. 13). O tempo médio de espera para a concessão de patentes de invenção, entre 2014 e 2019, dá uma ideia do problema: 62% dos pedidos levaram mais de dez anos desde a data do depósito até a data da decisão final (IDS, 2020, n.p).

O programa de trâmite prioritário, instituído em 2020, em substituição ao de exame prioritário, dinamiza, em algum grau, o processo de análise no INPI. Ele abrange diversas

modalidades de pedidos, adotando como critérios a pessoa do depositante — nos processos pertencentes à ICTs, por exemplo —, a situação — de que são exemplos os processos resultantes de financiamento público —, a tecnologia — processos envolvendo o tratamento do covid 19, tecnologias verdes, entre outros —, e a cooperação (INPI, 2020, n.p). Outro recurso adotado pelo INPI, no sentido de promover a celeridade, foi o Plano de Combate ao Backlog de Patentes⁵.

Para além dessas medidas setoriais, pensando na otimização do sistema brasileiro de propriedade intelectual, começou a ser discutida, em 2019, a elaboração de uma Estratégia Nacional de Propriedade Intelectual (ENPI). O desenvolvimento desse tipo de medida acompanha a orientação da OMPI, no sentido de que os países, especialmente aqueles em desenvolvimento, devem apostar em planejamento para fortalecerem suas capacidades de gerar ativos de propriedade intelectual economicamente valiosos. Nessa perspectiva, a seção seguinte tratará do processo de construção da ENPI e do seu conteúdo.

2. A CONSTRUÇÃO DA ESTRATÉGIA NACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

A OMPI define estratégia nacional de propriedade intelectual como “[...] um conjunto de medidas que um governo formula e aplica para promover e facilitar uma abordagem coordenada para a criação, desenvolvimento, gerenciamento e proteção de PI, com vista a promover a orientação para o desenvolvimento de um país” (WIPO, 2020, p. 7). De acordo com a Organização (2020, p. 10), as estratégias nacionais devem estar alinhadas com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU, e direcionar a inovação e a criatividade para o enfrentamento dos desafios do desenvolvimento.

No caso brasileiro, a ENPI surge como mecanismo de apoio à Política Nacional de Inovação⁶, instituída pelo Decreto 10.534/2020, prescrevendo, ao Estado, uma postura ativa no fomento à inovação e na proteção às criações, para favorecer o desenvolvimento econômico e sociocultural (BRASIL, 2020, p. 21). Esse protagonismo do ente estatal atende ao que Mariana Mazzucato (2014, p. 17-18), com base nas lições de John Keynes e Joseph Schumpeter, define como “Estado empreendedor”: o Estado que não apenas facilita a economia do conhecimento, como também a cria, por meio de políticas públicas e investimentos em inovação e em áreas correlatas.

A ENPI brasileira começou a ser construída em setembro de 2019, com a formação de um Grupo Técnico (GT) no âmbito do Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual (GIPI)⁷. O processo de elaboração da ENPI, conduzido sob o acompanhamento de uma assessoria contratada pela OMPI, envolveu sete fases sucessivas: a) interlocução prévia com órgãos do setor público, atores do setor privado, comunidade científica e tecnológica e sociedade civil, para diagnosticar as deficiências do sistema nacional de propriedade intelectual; b) realização de oficinas virtuais, para discutir o resultado do diagnóstico e levantar propostas de ações; c) elaboração do Relatório de Diagnóstico, do Relatório de Benchmarking Internacional para ENPI, e, a partir deles, do texto-base da ENPI; d) submissão do texto-base à consulta pública; e) elaboração de relatório de análise dos dados da consulta pública, para subsidiar as alterações no

5 O Plano de Combate do Backlog foi instituído em agosto de 2019, com o objetivo de, em dois anos, atacar 80% dos 149.912 pedidos de patente que estavam na fila de análise, naquele mês. Em 19 de fevereiro de 2022, segundo dados do INPI, o backlog é de 34.487. INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). **Plano de combate ao backlog**. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/patentes/plano-de-combate-ao-backlog>. Acesso em: 24 jan. 2022.

6 A Política Nacional de Inovação, instituída em 28 de outubro de 2020, tem por finalidade orientar, coordenar e articular as estratégias, os programas e ações de estímulo à inovação no setor produtivo, além de estabelecer meios de cooperação entre os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, nesta área. Ela é norteada por um conjunto de princípios e conta com objetivos específicos e seis eixos de implementação (BRASIL, 2020, n.p).

7 O GIPI, constituído oficialmente em 2001, na esfera da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), passando a atuar, em 2019, sob a tutela do Ministério da Economia, congrega onze órgãos governamentais e tem por finalidade coordenar a atuação do governo federal no tema da propriedade intelectual e a implementação da ENPI (BRASIL, 2019, n.p).

texto-base; f) ajustes ao texto-base, finalização e aprovação da ENPI, pelo GIPI; e g) instituição da ENPI, por meio do Decreto 10.886/2021 (BRASIL, 2020, p. 31-35).

O caminho escolhido para a formulação da ENPI — pela atuação de um GT, dentro de órgão ministerial — e para a sua institucionalização — mediante decreto presidencial —, ao passo em que garantiu maior celeridade ao processo, cerceou a possibilidade de um diálogo mais amplo, que poderia ter sido travado no Congresso Nacional, reforçando o caráter de política de Estado da Estratégia. Não é demais lembrar que a ENPI é um projeto duradouro — o prazo inicial é de dez anos (2021-2030), com possibilidade de continuidade, após a avaliação dos resultados do primeiro decênio — e atravessará diferentes governos, e, em cada um deles, demandará esforço político para que saia do papel.

A análise da Estratégia aconselha o exame inicial do decreto que a informa. O Decreto 10.886/2021 fornece as diretrizes da ENPI (art. 2º), determina a criação de planos bienais para a sua implementação (art. 3º), e remete ao Anexo, que dispõe sobre o conteúdo da Estratégia. A ENPI encontra-se estruturada em desafios nacionais (situação problema); objetivo; prazo de vigência; metas aspiracionais e metas globais; indicadores; implementação e monitoramento; e ações, que devem ser implementadas em sete eixos estratégicos.

Nos termos do Anexo, o objetivo da Estratégia é “alcançar um SNPI [Sistema Nacional de Propriedade Intelectual] efetivo e equilibrado, que seja amplamente conhecido, utilizado e observado, que incentive a criatividade, os investimentos em inovação e o acesso ao conhecimento [...], atendendo “[...] ao aumento da competitividade e ao desenvolvimento econômico e social” (BRASIL, 2021, n.p). Para o alcance desse propósito, são definidas linhas de ação, os denominados “eixos estratégicos”. É entre os eixos estratégicos que se encontram distribuídas as 210 ações da ENPI.

O primeiro eixo estratégico, “Propriedade intelectual para a competitividade e o desenvolvimento”, abriga ações voltadas para a geração e agregação de valor de propriedade intelectual aos bens, serviços e processos produtivos. Essas ações almejam aumentar a competitividade e a renda, e estão divididas em dois planos estruturantes: um primeiro, com foco na promoção da propriedade intelectual nas empresas; e outro, direcionado para os usuários do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI) e do Sistema Nacional de Propriedade Intelectual (SNPI) (BRASIL, 2020, p. 54-60; BRASIL, 2021, n.p).

Observa-se que os planos desse eixo, e, especialmente o primeiro deles, enfrentam um desafio persistente no uso da propriedade intelectual como instrumento de competitividade, qual seja, o desconhecimento, pelos empresários, da proteção jurídica estendida aos ativos intangíveis. No campo da propriedade industrial, por exemplo, a pesquisa de Matias-Pereira (2011, p. 583) revela que, embora a ausência de proteção de marcas, patentes e desenhos industriais seja vista como prejudicial à competitividade da indústria brasileira, o sistema que a fornece é “[...] subutilizado e desconhecido por substancial parcela do empresariado”. Esse fator compromete a recuperação de investimentos em pesquisa e desenvolvimento, além de representar uma possível perda de oportunidades comerciais e de clientes (MATIAS-PEREIRA, 2011, p. 583).

Nessa perspectiva, o segundo eixo estratégico da ENPI, denominado “Disseminação, formação e capacitação em PI”, aparece como um complemento ao primeiro, porque atende ao objetivo de popularizar a cultura da propriedade intelectual entre agentes econômicos, consumidores, comunidade acadêmica e a sociedade em geral, e de capacitar profissionais para atuação na área. Ele possui três planos estruturantes: plano A, para divulgação e conscientização sobre a importância dos direitos de propriedade intelectual; o plano B, para o desenvolvimento de uma base de informações unificada sobre o SNPI; e o plano C, direcionado à capacitação dos atores do SNCTI e do SNPI (BRASIL, 2020, p. 62-68; BRASIL, 2021, n.p).

O eixo estratégico 3, “Governança e fortalecimento institucional”, objetiva alinhar e articular as ações da ENPI com as políticas de inovação, desenvolvimento, competitividade e cultura, e reestruturar e fortalecer os órgãos responsáveis pelos serviços de propriedade intelectual. Os dois planos estruturantes que constituem essa linha tratam, respectivamente, do fortalecimento das instituições de propriedade intelectual e das medidas de governança necessárias para implementar a própria ENPI (BRASIL, 2020, p. 72-78; BRASIL, 2021, n.p).

Os planos do eixo 3 enfrentam questões sensíveis ao sistema nacional: a eficiência e a agilidade dos escritórios de propriedade intelectual, como o INPI e o SNPC. Aqui, ainda que as metas apresentem alternativas viáveis, como a unificação das bases de informação dos órgãos e a digitalização dos serviços, falta precisão quanto às medidas de cunho prático, como, por exemplo, a sinalização de ampliação do orçamento, para promover essas mudanças.

O eixo “Modernização dos marcos legais e infralegais” focaliza os aspectos regulatórios da propriedade intelectual, pretendendo dotá-los de maior transparência, segurança, previsibilidade e simplicidade. O único plano estruturante do eixo recomenda a revisão dos marcos legais em vigor e a criação de novos (BRASIL, 2020, p. 80-84; BRASIL, 2021, n.p). Sem detalhar o teor e a extensão da reforma — aspecto que rendeu críticas ao ponto antes mesmo de sua aprovação (CEPI, 2020, p. 9) —, o plano sugere que ela alcance, por exemplo, a legislação sobre Indicações Geográficas e a Lei de Direitos Autorais, essa última na perspectiva da sua atualização para comportar as novas tecnologias e os negócios realizados na internet.

O quinto eixo, “Observância e segurança jurídica”, envolve a construção de um ambiente de negócios confiável, no qual predomine a segurança jurídica, a fiscalização e repressão às infrações administrativas e penais contra a propriedade intelectual. Os planos estruturantes do eixo 5 visam à modernização da estrutura jurídica aplicada à propriedade intelectual (plano A) e ao aumento da proteção aos produtos originais (plano B) (BRASIL, 2020, p. 86-91; BRASIL, 2021, n.p).

Com o intuito de reforçar o combate às violações de direitos de propriedade intelectual, uma das ações desse eixo é garantir que autoridades administrativas possam agir de ofício na interrupção de serviços, inclusive na internet, que estejam violando direitos. Essa medida é temerária, segundo parecer do Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação (CEPI) da Fundação Getúlio Vargas (2020, p. 9-10), porque dá, ao administrador público, poderes que ficariam melhor acomodados em um processo judicial, iniciado por provocação do interessado ou do Ministério Público.

O eixo 6, “Inteligência e visão do futuro”, preconiza a produção de análises prospectivas sobre o uso da propriedade intelectual, seja para a identificação de tendências em inovação e tecnologia, seja para o mapeamento dos desafios quanto à proteção desses novos produtos e serviços. Nesse espectro, os planos estruturantes são dois: de estímulo às atividades inovativas e criativas, por meio da análise de tendências (plano A); e de fomento ao desenvolvimento científico, tecnológico e produtivo no país (plano B) (BRASIL, 2020, p. 96-100; BRASIL, 2021, n.p).

Finalmente, o eixo 7, “Inserção do Brasil no Sistema Global de PI”, objetiva uma presença mais destacada do país nos fóruns internacionais de propriedade intelectual e a construção de um cenário interno que seja atrativo ao investimento internacional. As ações do plano estruturante, nesse caso, constituem estratégias para a ampliação da participação do Brasil no sistema global de propriedade intelectual (BRASIL, 2020, p. 102-106; BRASIL, 2021, n.p).

Na projeção do GIPI, a partir da execução da ENPI, três resultados quantitativos são esperados (BRASIL, 2021, n.p). Primeiro, os setores produtivos intensivos em propriedade intelectual deverão passar a responder por mais de 30% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional — atualmente, eles respondem por, aproximadamente, 20%. Segundo, espera-se que o percentual de empresas inovadoras que se utilizam de algum método de proteção para

a inovação alcance 80%. E, terceiro, projeta-se que o Brasil conquiste um lugar entre os dez países com maior número de pedidos de proteção aos direitos de propriedade intelectual depositados — no último relatório de indicadores globais da OMPI, o país apareceu na 18ª posição (WIPO, 2021, p. 8).

A realização da ENPI requer um trabalho coordenado, cujo desempenho será acompanhado por indicadores. O detalhamento deste processo é dado por planos bienais, que descrevem o foco das atividades no período determinado. O primeiro plano bienal, para execução entre 2021 e 2023, está em curso, e o estudo de seu conteúdo será objeto do próximo tópico.

3. O PLANO DE 2021-2023 E A ATUAÇÃO DOS NITS

A ENPI apresenta um itinerário de ações pensadas a partir do protagonismo do governo federal na promoção dos direitos de propriedade intelectual. No entanto, para além do papel mais imediato dos órgãos estatais, ela reconhece a importância da cooperação de outros atores, para que suas propostas alcancem êxito. Há, por exemplo, menção ao Fórum Nacional de Gestores de Inovação e Transferência Tecnológica (Fortec), associação de representação dos gestores das políticas de inovação e atividades relacionadas à propriedade intelectual e transferência de tecnologia nas universidades e institutos de pesquisa.

É nesse horizonte de possibilidades que se cogita a atuação dos Núcleos de Inovação Tecnológica (NITs) enquanto atores cooperantes com a ENPI. Nos termos da Lei 13.243/2016, NIT é a “[...] estrutura instituída por uma ou mais ICTs [Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação], com ou sem personalidade jurídica própria, que tenha por finalidade a gestão de política institucional de inovação” e por competências mínimas as atribuídas naquele marco legal. Para Maria Carolina Ferreira e Clarissa Teixeira (2016, p. 4), NITs são “[...] setores de inovação que auxiliam na promoção, a utilização do conhecimento e o uso de novas tecnologias brasileiras oriundas de universidades e institutos de pesquisa”.

Atualmente, as ICTs, em sua maioria universidades, respondem por uma parcela significativa da inovação gerada no Brasil. Esse cenário fica evidenciado quando se observa quem são os maiores depositantes — residentes no país — de pedidos de patente de invenção no INPI: dos dez maiores depositantes, no ano de 2020, nove são universidades, com a Universidade Federal de Campina Grande, Paraíba, encabeçando o ranking (INPI, 2020, n.p).

De acordo com Buainain e Souza (2018, p. 13), a liderança das universidades “[...] reflete um traço estrutural do Sistema Nacional de Inovação no Brasil, onde poucas empresas constituíram capacitação endógena de P&D e por isto sempre recorreram a fontes externas para apoiar o esforço inovativo”. Por outro lado, esse protagonismo reflete, também, “[...] o esforço de conscientização das universidades e das instituições de pesquisa sobre a importância da gestão da propriedade intelectual, estimulada pelo CNPq, Finep, pelas fundações estaduais de apoio à ciência e tecnologia e por movimentos como o Fortec” (BUAINAIN; SOUZA, 2018, p. 13). Os NIT, enquanto instâncias que lidam com assuntos relacionados à inovação e propriedade intelectual dentro das universidades e institutos de pesquisa, estão diretamente implicados na mobilização pelo fortalecimento dessas temáticas, no meio institucional e fora dele.

Nas ICTs públicas, a implementação do NIT tornou-se obrigatória desde o advento da Lei de Inovação, em 2004, exigência que não se aplica às instituições privadas. Das 305 instituições respondentes ao Formict, ano-base 2018, 169 instituições públicas tinham NIT implementado; 12, não implementado; e em 28, ele estava em fase de implementação. Entre as instituições privadas, 51 contavam com o NIT implementado; 23, não implementado; e 22, em

implementação (MCTIC, 2019, p. 17). Observa-se, portanto, a adesão de instituições privadas ao NIT, mesmo diante da não obrigatoriedade.

Dentro das instituições, compete ao NIT zelar pela manutenção da política de propriedade intelectual e estímulo à inovação e transferência tecnológica. Além disso, cabe ao NIT opinar sobre a conveniência da concessão de proteção às criações desenvolvidas na ICT; acompanhar o trâmite dos pedidos e a manutenção dos títulos de propriedade intelectual; desenvolver estudos de prospecção tecnológica e estratégias para a transferência de inovação; negociar e gerir os acordos de transferência de tecnologia; manter relacionamento com as empresas; entre outros (BRASIL, 2016, n.p).

Paralelo às atividades mencionadas, essenciais, porque previstas em lei, o Formict (MCTIC, 2019, p. 25) revela que os NITs das ICTs brasileiras se ocupam, complementarmente, com a realização de eventos, a implementação de políticas de confidencialidade, a orientação e cadastro de pesquisadores, a realização de capacitações, a avaliação econômica dos inventos, a elaboração de documentos padronizados (como contratos e acordos de parceria) e o apoio ao empreendedorismo. Os NITs funcionam, portanto, como interlocutores “[...] estabelecendo a interface do setor privado com a instituição, favorecendo a criação de um ambiente propício para a transferência de tecnologia e para a proteção do conhecimento na ICT” (AGUSTINHO; GARCIA, 2018, p. 229).

De forma geral, esse conjunto de ações sinaliza convergências entre a missão dos NITs e as pretensões da ENPI. No escopo deste trabalho, no entanto, importa analisar como a atuação desses atores pode contribuir para as metas do eixo 1, destacadas no Plano de Ação 2021-2023. A Estratégia, como mencionado na seção anterior, se operacionaliza por meio de planos bienais, que não se confundem com os planos de ação dos sete eixos. Os planos bienais destacam as metas da ENPI que devem ser realizadas no prazo de dois anos.

O primeiro plano bienal foi aprovado em julho de 2021, e compreende o período de agosto de 2021 a julho de 2023. Conforme contextualização presente na parte introdutória do documento, ele oferece uma “[...] abordagem mais integrada e concreta no sentido de aprimorar as iniciativas já existentes de propriedade intelectual, promovendo a governança e visão de longo prazo das ações, bem como a criação de novas iniciativas, sempre que necessário” (BRASIL, 2021, n.p). O GIPI, responsável pela elaboração do plano, argumenta que, em função da pandemia e de dificuldades orçamentárias, o foco, para o primeiro biênio, estará no aproveitamento de projetos em curso, que passarão a ser acompanhados sob a ótica da ENPI.

As metas do plano 2021-2023 envolvem, em sua maioria, o “[...] diagnóstico de uma dada realidade e avaliação de estratégias para a proposição de um novo programa, projeto ou iniciativa” (BRASIL, 2021, n.p). Por essa razão, e na avaliação do GIPI, o impacto financeiro das propostas será reduzido, havendo previsão orçamentária para cobrir os custos com recursos dos ministérios envolvidos. Residualmente, estão previstas metas propositivas, relacionadas às metas globais da ENPI, e, ainda, um terceiro grupo de metas, voltadas para a rotina dos especialistas que atuam na área de propriedade intelectual. Nesses casos, existindo a necessidade de recursos extra, o provimento poderá decorrer de parcerias com órgãos não-governamentais ou do governo, mediante análise de impacto orçamentário e financeiro (BRASIL, 2021, n.p).

Para a execução do plano, pretende-se movimentar uma “estrutura central”, formada pelos membros do GIPI, por autarquias e organizações convidadas, além dos atores, públicos e privados, que formam o SNPI e SNCTI — grupo em que se incluem os setores que fazem a gestão da inovação e da propriedade intelectual nas ICTs. Apesar dessa disposição, observa-se, na seção do plano que relaciona ações, prazos e órgãos responsáveis, uma concentração de atribuições no Ministério da Economia, em detrimento, por exemplo, do Ministério da Ciência,

Tecnologia e Inovações e outros órgãos de menor posição hierárquica no quadro do governo (BRASIL, 2021, n.p).

O Plano não cita diretamente nem designa metas específicas para os NITs. Contudo, considerando que existem mais de 300 dessas estruturas no Brasil, a maioria delas implementadas, e tendo em vista a sua atuação na difusão da cultura da propriedade intelectual, no meio acadêmico e na comunidade, é possível apontar pelo menos duas possíveis frentes de ação, a partir do Plano 2021-2023.

A primeira delas, no eixo 1, contempla a meta de aumentar o número anual de pedidos de proteção à propriedade intelectual. Ao final do Plano 2021-2023, espera-se um incremento de 13% no número de pedidos de depósitos de patentes nacionais; 31%, no de marcas; 15%, no de Indicações Geográficas e 20%, no de programas de computador. A realização da meta envolve tanto o incentivo à inovação — para a multiplicação das criações e invenções a serem registradas —, quanto o estímulo ao pedido de proteção. Nessa perspectiva, por estarem próximos do mercado, mediando a relação entre ICT e empresa, e por atuarem de forma direta na solicitação de proteção à propriedade intelectual, os NITs são ambientes propícios para o implemento de projetos ou programas que visem o incremento no número de pedidos, nos termos da ação 1.A.1.2 do Plano (BRASIL, 2021, n.p).

Ainda no eixo 1, os NITs, enquanto setores especializados em propriedade intelectual, estão habilitados a receberem fomento para apoiar empresas e instruir sobre a gestão de ativos e a condução dos trâmites de registro e depósito no INPI, conforme a ação 1.A.2.1. Essa ação faz parte da meta que pretende capacitar 3 mil profissionais e 1,5 mil empresas em estratégias de propriedade intelectual para negócios e inovação até julho de 2023 (BRASIL, 2021, n.p). Vale ressaltar que o envolvimento dos NITs nas ações desta meta não pode resultar no comprometimento da rotina de atividades já desempenhadas.

Uma segunda frente de trabalho, com possibilidade de atuação dos NITs, diz respeito às metas do eixo 2, sobre a disseminação da cultura da propriedade intelectual entre agentes econômicos, comunidade acadêmica e população em geral. Aqui, as ações vão desde a comemoração do dia da propriedade intelectual — por meio de eventos, premiações, concursos e outros modos de mobilização do tema —, passando pela divulgação da ENPI e o uso de mídias sociais para informar sobre propriedade intelectual, até a promoção de campanhas sobre o prejuízo da pirataria para a economia local (BRASIL, 2021, n.p).

Por último, observa-se que o Plano 2021-2023 recomenda a implementação da Política Nacional de Inovação, nas iniciativas que envolvam propriedade intelectual, de modo que as ações da ENPI estejam alinhadas a essa Política (BRASIL, 2021, n.p). O alinhamento de propósitos é desejável também no âmbito das ICTs, e o NIT, por ser o responsável pela condução dessas questões institucionalmente, tem condições de promover tal articulação.

A partir desta análise preliminar, constata-se, portanto, que, no marco do primeiro plano bienal para a execução da ENPI, o papel dos NITs envolve a continuidade e reforço, por meio de fomento, de atividades que estão no escopo das suas práticas. O desafio, inclusive em termos de gestão, é passar a abordá-las sob a perspectiva da ENPI, assim como desenvolver metodologias para o acompanhamento do desempenho na implementação.

CONCLUSÃO

Este artigo analisou o papel dos NITs na realização da ENPI, com enfoque nos eixos 1 e 2 do Plano de Ação 2021-2023. Ao longo do trabalho, alguns pontos ficaram evidenciados.

Na sociedade do conhecimento, tão importante quanto a criatividade no desenvolvimento de novos produtos e processos, é a proteção desses inventos e o retorno financeiro deles decorrente. Não por acaso, o estímulo à inovação descortina, também, a discussão sobre a extensão dos direitos de propriedade intelectual e a forma de garanti-los. No Brasil, o SNPI zela por esses direitos, a partir de um arcabouço de instrumentos legais e da atuação de atores institucionais.

A necessidade de aperfeiçoamento do SNPI, motivou a elaboração da ENPI. Atualmente, existem desequilíbrios no uso do sistema, ora com subutilização ora com sobreutilização da proteção jurídica, além de problemas operacionais, como o conhecido backlog do INPI. Não bastasse as motivações internas, o desenho de estratégias, como a ENPI, é fortemente encorajado pela OMPI, que vê na definição de metas uma oportunidade de aproximar a agenda da propriedade intelectual da do desenvolvimento sustentável.

A ENPI, cujo prazo inicial é de dez anos, tem sua execução organizada a partir de planos de ação bienais. O Plano 2021-2023 foca na realização de diagnóstico e levantamento de informações para o aproveitamento de projetos em curso, buscando inseri-los na esfera da ENPI, e, residualmente, propõe novas ações, para impulsionar a busca por registro, a eficiência dos processos nos escritórios de propriedade intelectual, a capacitação de recursos humanos, e a integração da ENPI com políticas de áreas correlatas, como a Política de Inovação.

Reconhecendo-se o papel das ICTs na inovação e na pesquisa científica e tecnológica, e considerando que, por atribuição legal, a gestão da propriedade intelectual, nessas instituições, é de responsabilidade do NIT, foram apontados alguns horizontes para a ação desses setores no marco do Plano 2021-2023.

A análise comparada das metas e ações do Plano e das competências dos NITs, reportadas no Formict, revela convergências em, pelo menos, dois eixos: o eixo 1, voltado para o uso da propriedade intelectual como mecanismo de competitividade e desenvolvimento; e o eixo 2, sobre a disseminação da cultura da propriedade intelectual. No primeiro caso, os NITs podem figurar como locus para a implementação de projetos para o incremento do número de registro de propriedade intelectual, uma vez que já atuam no acompanhamento do trâmite dos pedidos. No eixo 2, por outro lado, pela inserção dos NITs na comunidade acadêmica e pela sua proximidade com as empresas, pode-se antever o envolvimento na divulgação da ENPI, em eventos, capacitações e outras atividades que desenvolvam.

REFERÊNCIAS

AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; GARCIA, Evelin Naiara. Inovação, transferência de tecnologia e cooperação, *Direito e Desenvolvimento*, v. 9, n. 1, p. 223-239, 11 jul. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/525>. Acesso em: 24 fev. 2022.

BAGNATO, Vanderlei Salvador; SOUZA, Maria Aparecida de; MURAKAWA, Ligia Sueni Gonçalves. **Guia Prático I: Introdução à Propriedade Intelectual**. Universidade de São Paulo, 2016. Disponível em: http://www.inovacao.usp.br/wp-content/uploads/sites/300/2014/02/CARTILHA_PI_bom_x.pdf. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL. Decreto nº 9.931, de 23 de julho de 2019. Institui o Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9931.htm. Acesso em: 22 jan. 2022.

BRASIL. Decreto nº 10.886, de 7 de dezembro de 2021. Institui a Estratégia Nacional de Propriedade Intelectual. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.886-de-7-de-dezembro-de-2021-365433440>. Acesso em: 07 jan. 2022.

BRASIL. Decreto nº 10.534, de 28 de outubro de 2020. Institui a Política Nacional de Inovação e dispõe sobre sua governança. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10534.htm. Acesso em 22 jan. 2022.

BRASIL. Estratégia Nacional de Propriedade Intelectual 2021-2030. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/central-de-conteudo/noticias/cerimonia-marca-50-anos-do-inpi-e-lancamento-da-estrategia-nacional-de-propriedade-intelectual/EstratgiaNacionaldePropriedadeIntelectual.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação e altera a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004 [...]. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13243.htm. Acesso em: 18 jan. 2022.

BRASIL. **Relatório de Diagnóstico do SNPI**. Brasília, 2020. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/central-de-conteudo/noticias/cerimonia-marca-50-anos-do-inpi-e-lancamento-da-estrategia-nacional-de-propriedade-intelectual/IIRELATORIO_DIAGNOSTICO.pdf. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL. Resolução GIPI/ME nº 2, de 1º de julho de 2021. Aprova o Plano de Ação 2021-2023 da Estratégia Nacional de Propriedade Intelectual. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-gipi/me-n-2-de-1-de-julho-de-2021-329492033>. Acesso em: 24 jan. 2022.

BUAINAIN, Antônio Márcio; SOUZA, Roney Fraga. **Propriedade intelectual, inovação e desenvolvimento: desafios para o Brasil**. Rio de Janeiro: ABPI, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/investir-inovacao-brasil-nao-superara.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2022.

CENTRO DE PESQUISA E ENSINO EM INOVAÇÃO (CEPI). **Contribuição à consulta pública: Estratégia Nacional de Propriedade Intelectual (SEPEC/ME)**. Fundação Getúlio Vargas, 2020. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/31294/Contribuicao_a_consulta_publica_Estrateg.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 21 jan. 2022.

FERREIRA, Maria Carolina Zanini; TEIXEIRA, Clarissa Stefani. **Núcleos de Inovação Tecnológica: alinhamento conceitual**. Florianópolis: Perse, 2016.

GARCEZ JÚNIOR, Silvio Sobral; MOREIRA, Jane de Jesus de Silveira. O backlog de patentes no Brasil: o direito à razoável duração do procedimento administrativo. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 171-203, 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/68912/66505>. Acesso em: 20 jan. 2022.

INSTITUTO DANNEMANN SIEMSEN (IDS). **Backlog de patentes: o que você precisa saber**. 2020. Disponível em: <https://ids.org.br/cbacklog-de-patentes-o-que-voce-precisa-saber/>. Acesso em: 22 jan. 2022.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). **Modalidades de trâmite prioritário**. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/patentes/tramite-prioritario/modalidades-de-tramite-prioritario-de-patentes>. Acesso em: 21 fev. 2022.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). **Plano de combate ao backlog**. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/patentes/plano-de-combate-ao-backlog>. Acesso em: 24 jan. 2022.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). **Ranking de depositantes residentes**: 2020. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/central-de-conteudo/estatisticas-e-estudos-economicos/arquivos/estatisticas-preliminares/rankdepositantesresidentes-2020.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2022.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). **Relatório de atividades INPI: 2018. 2019**. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/composicao/arquivos/relatorio-de-atividades-inpi-2018.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2022.

MATIAS-PEREIRA, José. A gestão do sistema de propriedade intelectual no Brasil é consistente? **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 3, p. 567-590, maio/jun. 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/ZdBMB99ZZt6zytLc3BXbVTv/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 18 jan. 2022.

MAZZUCATO, Mariana. **O Estado Empreendedor**: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado. Tradução Elvira Serapicos. São Paulo: Portfolio Penguin, 2014.

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA, INOVAÇÕES E COMUNICAÇÕES (MCTIC). **Relatório Formict Ano-Base 2018**. Brasília, 2019. Disponível em: https://gestiona.com.br/wp-content/uploads/2019/12/Relat%C3%B3rio-Formict-2019_Ano-Base-2018.pdf. Acesso em: 23 jan. 2022.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do Desenvolvimento Econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Tradução de Maria Silvia Possas. São Paulo: Nova Cultural, 1997. Coleção Os Economistas.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). **Jornal da USP. Orçamento de 2021 compromete o futuro da ciência brasileira**. Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/orcamento-2021-compromete-o-futuro-da-ciencia-brasileira/>. Acesso em: 01 fev. 2022.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). **About WIPO**. 2022. Disponível em: <https://www.wipo.int/about-wipo/en/>. Acesso em: 10 jan. 2022.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). **Methodology for the Development of National Intellectual Property Strategies**. Second edition. 2020. Disponível em: <https://tind.wipo.int/record/42305>. Acesso em: 14 jan. 2022.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). **WIPO Lex Database Search: Brazil**. 2022. Disponível em: <https://wipolex.wipo.int/en/members/profile/BR>. Acesso em: 10 jan. 2022.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). **World Intellectual Property Indicators 2021**. 2021. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2021.pdf. Acesso em: 20 jan. 2022.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

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

LICENCIAMENTO AMBIENTAL COMO MODALIDADE DE
PROCESSO COLETIVO: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA
DA SUSTENTABILIDADE E DA PROTEÇÃO DO MEIO
AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

FABRÍCIO VEIGA COSTA
NAONY SOUSA COSTA MARTINS

VOLUME 13 | NÚMERO 2 | JUL/DEZ 2022

**LICENCIAMENTO AMBIENTAL COMO MODALIDADE DE
PROCESSO COLETIVO: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA
SUSTENTABILIDADE E DA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE
ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO**

**ENVIRONMENTAL LICENSING AS A COLLECTIVE PROCESS
MODALITY: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF
SUSTAINABILITY AND PROTECTION OF THE ECOLOGICALLY
BALANCED ENVIRONMENT**

Recebido: 25/01/2022
Aprovado: 04/01/2023

Fabício Veiga Costa¹
Naony Sousa Costa Martins²

RESUMO:

Objetiva-se, com a presente investigação científica, discutir o instituto do licenciamento ambiental enquanto uma modalidade de processo administrativo coletivo, recortando-se a proposta de pesquisa sob à ótica da processualidade democrática e da proteção do direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A escolha do tema se justifica em razão de sua relevância teórica, prática e atualidade, especialmente em virtude da importância e da necessidade de participação dos interessados difusos na construção dialógica das questões fáticas e jurídicas que permeiam o licenciamento ambiental, cujo objeto é o meio ambiente, considerado um direito difuso. Desta forma, parte-se da análise do instituto enquanto modalidade de processo, lançando-se mão, para tanto, das construções teóricas do jurista italiano Elio Fazzalari. Ademais, o estudo do objeto de investigação proposto se dará a partir da análise do processo coletivo enquanto um modelo de processo, cujo mérito deve ser impreterivelmente construído de forma dialógica pelos interessados difusos, ou seja, por aqueles que serão atingidos pelos efeitos jurídicos do provimento final. Assim, por meio das pesquisas bibliográfica e documental, bem como a abordagem crítica, análises comparativas, interpretativas e sistemáticas, conclui-se que o licenciamento ambiental constitui modalidade de processo administrativo coletivo e, sob à ótica democrática, deve oportunizar a efetiva participação dos interessados na construção do provimento.

Palavras-chave: Licenciamento Ambiental. Processo Administrativo. Processo Coletivo. Mérito Participado. Processo Democrático.

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. Pós-doutorado em Psicologia (PUCMINAS) e Educação (UFMG). Doutorado em Mestrado em Direito (PUCMINAS). Especialista em Direito Processual; Direito de Família e Direito Educacional (PUCMINAS). Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Coordenador dos Grupos de Pesquisa: a) Caminhos Metodológicos do Direito; b) Gênero, Sexualidade e Direitos Fundamentais. E-mail: fvcufu@uol.com.br

² Doutoranda em Direito. Mestre em proteção e efetivação dos direitos fundamentais – Linha de pesquisa em Processo Coletivo, pela Fundação Universidade de Itaúna/MG. Especialista pela Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Processual do Instituto de Educação Continuada na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais — IEC PUC Minas. Professora na Faculdade Pitágoras Campus Divinópolis/MG. E-mail: naony.sousa@gmail

ABSTRACT:

The objective of this scientific investigation is to discuss the environmental licensing institute as a modality of collective administrative process, cutting the research proposal from the perspective of democratic procedure and the protection of the diffuse right to an ecologically balanced environment. The choice of theme is justified due to its theoretical, practical and current relevance, especially due to the importance and need for the participation of diffuse stakeholders in the dialogic construction of the factual and legal issues that permeate environmental licensing, whose object is the environment. , considered a diffuse right. In this way, it starts from the analysis of the institute as a modality of process, making use, for that, of the theoretical constructions of the Italian jurist Elio Fazzalari. In addition, the study of the proposed investigation object will be based on the analysis of the collective process as a process model, whose merit must be constructed dialogically by the diffuse stakeholders, that is, by those who will be affected by the legal effects of the provision. Final. Thus, through bibliographic and documental research, as well as a critical approach, comparative, interpretive and systematic analysis, it is concluded that environmental licensing constitutes a modality of collective administrative process and, from a democratic perspective, must provide the effective participation of interested parties. in the construction of the provision.

Keywords: Environmental Licensing. Administrative process. Collective Process. Participated Merit. Democratic Process.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por objetivo propor uma análise acerca do licenciamento ambiental enquanto modalidade de processo administrativo coletivo. Parte-se da análise do licenciamento ambiental enquanto um modelo de processo administrativo coletivo, que deve oportunizar a participação de todos os interessados difusos na construção do provimento final de mérito (ato final). Desta forma, por meio de construções *lege lata* e *lege ferenda*, serão apresentadas considerações acerca da procedimentalização do modelo de processo administrativo coletivo participativo de licenciamento ambiental, com o objetivo de sistematizar um mecanismo apto a oportunizar a participação dos interessados difusos na construção do provimento e, via de consequência, da tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Importa destacar que o licenciamento ambiental, enquanto instrumento da política nacional do meio ambiente, constitui um mecanismo que deve ser utilizado para as atividades e empreendimentos que utilizam recursos naturais e causam impacto ambiental. É um instituto que tem por objetivo a expedição de licenças ambientais que atestam a viabilidade, localização, instalação e oportunizam a operação de atividades e empreendimentos que utilizam recursos ambientais. Desta forma, trata-se de uma espécie de processo, cujo provimento atinge um número indeterminado de indivíduos (interessados difusos), já que incide de forma direta na proteção do direito difuso ao meio ambiente.

A escolha do tema se justifica em razão de sua relevância teórica, prática e atualidade, especialmente no sentido de demonstrar que, quando se observa o contraditório e oportuniza do direito de os interessados difusos participarem das deliberações objeto do licenciamento ambiental, alcança-se a legitimidade democrática do provimento final de mérito que, no caso em questão, trata-se do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Com o objetivo de sistematizar o estudo do objeto de investigação proposta, num primeiro momento a pesquisa apresentará um panorama geral acerca do instituto do licenciamento ambiental e evidenciará, inclusive, sua previsão normativa. Será destacado o instituto da licença ambiental e a sua natureza jurídica, já que, a licença e a sua respectiva expedição, constitui o objeto do provimento do processo de licenciamento ambiental. Somado a isso, a pesquisa se dedicará ao estudo da natureza jurídica do licenciamento ambiental, com o objetivo de demonstrar que constitui uma modalidade de processo administrativo coletivo.

O recorte metodológico do tema da pesquisa se dá no que se refere a análise do licenciamento ambiental enquanto modalidade de processo administrativo coletivo. O objeto de estudo será o licenciamento ambiental enquanto modalidade de processo administrativo e não apenas como uma espécie de procedimento administrativo. Além disso, busca-se evidenciar que este modelo de processo é coletivo e, desta forma, deve oportunizar a construção discursiva do provimento por todos os interessados difusos, sob a perspectiva da processualidade democrática. Importa mencionar, ainda, que a pesquisa se adequa a área de concentração de proteção e efetivação de direitos fundamentais e, de forma específica, a linha de pesquisa de direito processual coletivo e a proteção de direitos fundamentais.

A pergunta-problema que delimita a proposta de pesquisa é a seguinte: quais são os critérios jurídico-legais e constitucionais utilizados como parâmetro para o reconhecimento do licenciamento ambiental como modelo de processo coletivo democrático, viabilizando a participação de todos os interessados difusos na construção do provimento final de mérito?

A metodologia empregada para o desenvolvimento do trabalho baseou-se no método dedutivo, aliada a uma pesquisa descritiva e analítica, já que se parte de conceitos e aspectos considerados fundamentais para o desenvolvimento do tema relativo ao licenciamento ambiental enquanto espécie de processo administrativo coletivo. De acordo com as técnicas de análise de conteúdo, afirma-se que se trata de uma pesquisa teórica, de modo que o procedimento adotado servirá para que se demonstre que o licenciamento ambiental é uma modalidade de processo administrativo coletivo que deve oportunizar o amplo e discursivo debate entre os interessados difusos, a fim de legitimar o seu provimento sob a perspectiva da processualidade democrática.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

O objetivo do presente item da pesquisa é apresentar fundamentação teórico-bibliográfico-conceitual sobre o instituto do licenciamento ambiental, para que seja possível discutir criticamente a pergunta-problema apresentada, ou seja, o processo de licenciamento ambiental enquanto modalidade de processo administrativo coletivo. O licenciamento ambiental decorre do princípio da livre concorrência, constitucionalmente previsto (art. 170, da CF/88). Este dispositivo constitucional assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, apresentando ressalva, apenas, para os casos previstos em lei. As normativas referentes ao processo de licenciamento ambiental são um exemplo disso. Nesse sentido, o artigo 10, da Lei 6.938/81, dispõe que dependerão de prévio licenciamento ambiental a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades que utilizam recursos ambientais e são efetiva ou potencialmente poluidoras ou que sejam capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental.

Dessa forma, o licenciamento ambiental constitui um instrumento que tem relação direta com os “princípios constitucionais da função social da propriedade, da livre iniciativa e da defesa do meio ambiente (art. 170, III, IV e VI), razão pela qual seu estudo reveste-se da

maior importância para a correta consecução das metas constitucionalmente fixadas [...]” (FIGUEREIDO, 2011, p. 195). Ademais, conforme preleciona Frederico Amado, o licenciamento ambiental é um “corolário da determinação constitucional direcionada ao Poder Público para controlar a poluição (artigo 225, §1º, V)” (2020, p. 169).

Importa mencionar, ainda, que o licenciamento ambiental é um dos instrumentos para a efetivação da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9º, inciso IV, da Lei 6.938/81). Para Romeu Thomé da Silva, o licenciamento ambiental constitui um “instrumento multifuncional da Política Nacional do Meio Ambiente, na medida em que busca não apenas prevenir impactos ambientais negativos, mas, também, mitigá-los através da imposição de condicionantes [...]” (2017, p. 249). Somado a isso, referido jurista destaca que o licenciamento ambiental será realizado sempre que se constituir modalidade de atividade que seja “potencial ou efetivamente causadora de degradação ambiental, independentemente de tratar-se de atividade pública ou privada” (SILVA, 2017, p. 249).

No ordenamento jurídico brasileiro o licenciamento ambiental encontra previsão de forma ampla e geral no texto constitucional (artigos 23, incisos III, VI e VII; 225, § 1º, da CF/88), na Lei 6.938/81 (artigos 9º, inciso IV e 10) e na Lei Complementar 140/2011. Por sua vez, encontra previsão regulamentar nas resoluções do CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente): Resolução 237/1997 (Licenciamento ambiental), Resolução 01/1986 (Estudo Prévio de Impacto Ambiental), Resolução 09/1987 (Realização de audiência pública) e Resolução 494/2020 do CONAMA (Audiências públicas virtuais em licenciamentos ambientais). Ademais, o processo de licenciamento ambiental encontra previsão, também, de forma específica em textos normativos estaduais e municipais. Interessante destacar que há um projeto para criação de uma Lei Geral do Licenciamento ambiental (Projeto de Lei (PL) 3729/2004, aprovado na Câmara dos Deputados Federais)³, que objetiva implementar uma legislação única para o licenciamento ambiental em âmbito nacional, além de atribuir uma maior agilidade e desburocratização para a obtenção das licenças e autorizações ambientais.

Apresentadas as considerações iniciais acerca do licenciamento ambiental, importa, neste momento, apresentar um conceito acerca do referido instituto. O artigo 1º, inciso I, da Resolução 237 de 1991 do CONAMA, estabelece um conceito legal acerca do licenciamento ambiental. De acordo com a mencionada resolução, o licenciamento constitui um procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso⁴.

Luís Paulo Sirvinskas define o licenciamento ambiental como “um procedimento administrativo que tramita perante um órgão público ambiental” (2020, p. 233). Complementa o jurista, que o licenciamento ambiental “é, em outras palavras, uma sucessão de atos concatenados com o objetivo de alcançar uma decisão final externada pela licença ambiental (licença prévia, de instalação e de operação)” (SIRVINSKAS, 2020, p. 233).

Interessante destacar que o licenciamento ambiental, conforme disciplina Paulo de Bessa Antunes, não se confunde com controle ambiental (2011, p. 170). Nas palavras do referido jurista “controle ambiental é um poder-dever estatal de exigir que as diferentes atividades humanas sejam exercidas com observância da legislação de proteção ao meio ambiente, independentemente de estarem licenciadas ou não” (ANTUNES, 2011, p. 170). Por sua vez,

³ O texto do Projeto de Lei 3729/2004 está disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=257161>.

⁴ O artigo 2º, inciso I, da Lei Complementar 140/2011, também apresenta um conceito de licenciamento ambiental, o definindo como “o procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental”.

como leciona Paulo de Bessa Antunes “é uma modalidade de controle ambiental específica para atividades que, devido às suas dimensões, sejam potencialmente capazes de causar degradação ambiental” (2011, p. 170).

É importante mencionar que o processo de licenciamento ambiental possui um procedimento de natureza administrativa, deste modo, decorre de um “conjunto de formalidades e etapas definidas pelas normas ambientais que devem ser observadas pelo interessado para que obtenha um resultado final e conclusivo da Administração Pública sobre o consentimento da utilização de recursos naturais” (SILVA, 2017, p. 247). Conforme destaca Paulo de Bessa Antunes, o licenciamento ambiental, constitui uma “atividade diretamente relacionada ao exercício de direitos constitucionalmente assegurados, tais como o direito de propriedade e o direito de livre-iniciativa econômica que deverão ser exercidos com respeito ao meio ambiente” (ANTUNES, 2011, p. 173).

O licenciamento ambiental, nesse sentido, é uma das manifestações do poder de polícia do Estado no que se refere a questão das atividades que utilizam recursos ambientais (ANTUNES, 2011, p. 170). O poder de polícia, no âmbito do direito administrativo, pode ser vislumbrado como um ofício da administração pública, com o objetivo de “evitar os abusos dos direitos individuais em prol da coletividade, tendo em conta a transição do Estado Liberal ao Social, em que a inércia da administração pública foi substituída por uma atuação positiva” (AMADO, 2020, p. 156), de forma específica para efetivação de direitos fundamentais sociais e transindividuais (AMADO, 2020, p. 156).

Vale destacar que o poder de polícia em matéria ambiental possui características que o diferenciam do poder de polícia estrito do direito administrativo. Frederico Amado evidencia que o poder de polícia ambiental possui natureza vinculada, como regra, não havendo que se falar em “conveniência e oportunidade na sua exteriorização, mesmo porque é dever do poder público promover a conservação do meio ambiente, à luz do princípio da natureza pública da proteção ambiental” (2020, p. 156). Ademais, o poder de polícia ambiental, além de estabelecer prestações negativas (obrigações de não fazer), estabelece prestações positivas. As prestações positivas são dirigidas à administração pública e estabelecem deveres para a proteção do meio ambiente, como, por exemplo, a “obrigatoriedade da realização das condicionantes de uma licença ambiental” (AMADO, 2020, p. 157). Desta forma, resta “superada a visão liberal de que o poder de polícia apenas poderá instituir obrigações negativas”, conforme evidencia Frederico Amado (2020, 157).

Por fim, importa mencionar a questão referente à obrigatoriedade do licenciamento ambiental para as atividades consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental. Nesse sentido, o anexo I, da Resolução 237/1997 do CONAMA, estabeleceu quais são as atividades que demandam a realização de licenciamento ambiental (artigo 2º, §1º, da Resolução 237/1997, do CONAMA). Caberá ao órgão ambiental competente definir os critérios de exigibilidade, o detalhamento e a complementação do Anexo 1, de modo a levar em consideração os riscos ambientais, o porte, as características e os riscos do empreendimento ou atividade (artigo 2º, §1º, da Resolução 237/1997, do CONAMA).

1.1 LICENÇAS AMBIENTAIS: CONCEITO E ESPÉCIES DE LICENÇAS

A fim de estabelecer a análise do processo de licenciamento ambiental torna-se essencial, também, para a presente pesquisa, a análise do seu objeto: a licença ambiental. Desta forma,

neste tópico serão apresentadas considerações acerca da licença ambiental e da sua natureza jurídica.

Conforme dispõe o artigo 1º, inciso II, da Resolução 237/1997 do CONAMA, a licença ambiental é um ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

No que se refere a natureza jurídica da licença ambiental, Luís Paulo Sirvinskas destaca tratar-se de espécie de ato administrativo negocial (2020, p. 236). Nesse sentido afirma que a licença ambiental é concedida “pela administração pública por prazo determinado, podendo ser revogado se a empresa ou a atividade estiver causando prejuízo à saúde humana, danos ao meio ambiente ou descumprir as determinações legais ou regulamentares” (SIRVINSKAS, 2020, p. 236).

Sobre a temática da natureza jurídica das licenças ambientais, Márcio Lima Benício afirma que esta modalidade de licença é a mesma que é objeto do direito administrativo. Referido jurista destaca que “não é absolutamente vinculada, posto que sempre haverá situações em que o Poder Público, mesmo quando venha o particular a preencher os requisitos legais, poderá negá-la” (BENÍCIO, 2014, p. 71), e complementa, “não se confunde com a autorização, que não só pode ser negada, como invalidada, por oportunidade e conveniência, o que não ocorre com a licença ambiental, como será visto a diante” (BENÍCIO, 2014, p. 71). Em conclusão, afirma o jurista que “sendo a licença ambiental caracterizada pelas notas de definitividade e vinculação em grau que lhe afasta da autorização e equipara à licença administrativa, entende-se ser esta sua natureza jurídica” (BENÍCIO, 2014, p. 71).

O processo de licenciamento ambiental se dá mediante a concessão de três modalidades de licenças, conforme estabelece o artigo 8º, da Resolução 237 do CONAMA: licença prévia, licença de instalação e licença de operação. O órgão ambiental competente estabelecerá os prazos de validade de cada tipo de licença, especificando-os no respectivo documento (art. 18, da Resolução 237/1997). Estas licenças podem ser concedidas de forma isolada ou sucessiva, a depender das características da atividade ou empreendimento (AMADO, 2020, p. 166). Importa destacar, ainda, que a depender do impacto ambiental causado pela atividade, o licenciamento pode ocorrer por meio de uma única fase (art. 12, da Resolução 237/297 do CONAMA).

A denominada licença prévia é concedida na fase inicial do processo de licenciamento ambiental e tem por objetivo atestar a viabilidade do empreendimento e a sua adequada localização (artigo 8º, inciso I, da Resolução nº 237/1997, do CONAMA). O prazo de validade da licença prévia deverá ser, no mínimo, o estabelecido pelo cronograma de elaboração dos planos, programas e projetos relativos ao empreendimento ou atividade, não podendo ser superior a 5 (cinco) anos (artigo 18, inciso I, da Resolução 237/1997 do CONAMA).

Já a licença de instalação, por sua vez, autoriza o início das edificações e das obras do empreendimento e atividade (artigo 8º, inciso II, da Resolução nº 237/1997, do CONAMA). O prazo de validade da licença de instalação deverá ser, no mínimo, o estabelecido pelo cronograma de instalação do empreendimento ou atividade, não podendo ser superior a 6 (seis) anos (artigo 18, inciso II, da Resolução 237/1997 do CONAMA).

Por fim, a licença de operação (artigo 8º, inciso II, da Resolução nº 237/1997). Esta modalidade de licença autoriza o início das atividades de um determinado empreendimento. O prazo de validade da Licença de Operação (LO) deverá considerar os planos de controle ambiental e será de, no mínimo, 4 (quatro) anos e, no máximo, 10 (dez) anos (artigo 18, inciso III, da Resolução 237/1997 do CONAMA).

Importa mencionar, ainda, que renovação da licença de operação de uma atividade ou empreendimento deverá ser requerida com antecedência mínima de 120 (cento e vinte) dias da expiração de seu prazo de validade, fixado na respectiva licença, ficando este automaticamente prorrogado até a manifestação definitiva do órgão ambiental competente (artigo 18, § 4º, da Resolução 237/1997 do CONAMA). A concessão das licenças ambientais é feita pelos órgãos ambientais da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, de acordo com os termos estabelecidos pela Lei Complementar 140/2011 e pela Resolução 237/97 do CONAMA.

2. ANÁLISE TEÓRICA E NORMATIVA DO PROCEDIMENTO DO PROCESSO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Para a delimitação do objeto de estudo desta pesquisa, faz-se necessário compreender o rito aplicado ao processo de licenciamento ambiental. Para tanto, é essencial a análise do artigo 10, da Resolução 237/1997 do CONAMA. Referido dispositivo apresenta as regras gerais das etapas do procedimento do processo de licenciamento ambiental. Importa citar que o artigo 10, da Resolução 237/1997 do CONAMA, apresenta um procedimento geral do processo de licenciamento ambiental; no entanto, o órgão ambiental competente para a expedição das licenças poderá adotar um procedimento mais simplificado para os processos de licenciamento

Da análise do artigo 10, I, da Resolução 237/1997 do CONAMA, verifica-se que a primeira etapa será a definição pelo órgão ambiental competente, com a participação do empreendedor, dos documentos, projetos e estudos ambientais, necessários ao início do processo de licenciamento correspondente à licença a ser requerida. Conforme destaca Talden Farias, a norma permite a participação do empreendedor na definição dos documentos, projetos e estudos necessários à realização do processo de licenciamento (2015, p. 83).

Na segunda etapa do processo, o empreendedor deverá apresentar requerimento da licença ambiental, que será acompanhado dos documentos, projetos e estudos ambientais pertinentes, o qual se dará a devida publicidade (artigo 10, II, da Resolução 237/1997 do CONAMA). A publicidade desta etapa do processo de licenciamento evidencia a aplicação dos princípios do direito ambiental da publicidade e da informação. Importante ressaltar que os referidos princípios viabilizam a efetivação do princípio da participação democrática, ou seja, do princípio que garante a efetiva participação do cidadão na discussão de questões afetas à matéria ambiental. Por fim, vale mencionar que as licenças ambientais serão publicadas no Diário Oficial (art. 4º, inciso I, da Lei 10.650/2003).

Por sua vez, a terceira etapa do processo de licenciamento consiste na análise, pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados e a realização de vistorias técnicas, quando necessárias. É possível a solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, uma única vez, em decorrência da análise dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados, quando couber, podendo haver a reiteração da mesma solicitação caso os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios (artigo 10, incisos III e IV, da Resolução 197/1997 do CONAMA).

É possível a realização de audiência pública no curso do processo de licenciamento ambiental (artigo 10, incisos V, da Resolução 297/1997 do CONAMA). A audiência pública será realizada na hipótese em que o órgão ambiental julgar necessário, quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos (artigo 2º, da Resolução 09/1987, do CONAMA). A Resolução 494/2020 do CONAMA, autorizou, inclusive, em caráter excepcional e temporário, a realização de audiências públicas virtuais durante o

período de emergência sanitária em decorrência do coronavírus, nos processos de licenciamento ambiental. É importante ressaltar que a realização de audiências públicas garante a legitimidade democrática do provimento estatal, haja vista que a partir delas torna-se possível assegurar o direito de todos os interessados difusos opinarem e participarem da formação discursiva da decisão que envolve o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado.

Além disso, importa informar que cabe solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, decorrentes de audiências públicas, quando houver reiteração da solicitação de novos esclarecimentos e complementações, por não serem considerados satisfatórios (artigo 10, inciso VI, da Resolução 297/1997 do CONAMA). Para os empreendimentos e atividades sujeitos ao estudo prévio de impacto ambiental (EIA), se for necessária nova complementação em decorrência de esclarecimentos já prestados, o órgão ambiental competente, mediante decisão motivada e com a participação do empreendedor, poderá formular novo pedido de complementação (artigo 10, §2º, da Resolução 237/1997 do CONAMA).

Por fim, a última etapa do processo do licenciamento ambiental é a emissão de parecer técnico conclusivo e, quando couber, parecer jurídico e o consequente deferimento ou indeferimento do pedido de licença, dando-se a devida publicidade (artigo 10, inciso VII e VIII, da Resolução 237/1997). A concessão da licença ambiental também deve ser publicada no Diário Oficial (art. 4º, inciso I, da Lei 10.650/2003).

A análise do procedimento do processo administrativo de licenciamento ambiental evidencia tratar-se de um processo que oportuniza contraditório e uma participação dos interessados difusos e do empreendedor no deferimento ou indeferimento da licença por parte do órgão ambiental. Ainda que seja um procedimento que permita uma construção restrita do debate, não há dúvidas que constitua uma modalidade de processo e, portanto, conforme preconiza o texto constitucional, deve garantir a efetiva implementação do contraditório, da ampla defesa e a utilização de todos os meios de recurso (artigo 5º, inciso LV, da CF/88). Nesse sentido, o próximo tópico da pesquisa se dedicará ao estudo da natureza jurídica do processo de licenciamento ambiental.

3. NATUREZA JURÍDICA DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL: PROCESSO OU PROCEDIMENTO?

O objeto central da presente discussão científica é a análise do licenciamento ambiental enquanto modalidade de processo, mais especificamente como processo administrativo coletivo. Desta forma, faz-se necessário discutir a natureza jurídica do licenciamento ambiental, ou seja, demonstrar o que o instituto representa para a ciência do Direito. Ademais, para a presente discussão, mostra-se relevante estabelecer um referencial teórico apto a demonstrar a natureza jurídica de processo coletivo do licenciamento ambiental.

O posicionamento majoritário da doutrina ambiental é o de que o licenciamento ambiental constitui modalidade de procedimento administrativo (FARIAS, 2015, p. 143). Referido posicionamento, inclusive, decorre da própria nomenclatura empregada na legislação que trata acerca do tema que se limita a empregar a expressão procedimento (artigo 10, da Lei. 6.938/81, Lei Complementar 140/2011 e Resolução 237/1997 do CONAMA). Esta previsão normativa fez com que os órgãos ambientais, jurisprudência e doutrina, atribuíssem um tratamento ao licenciamento ambiental de procedimento, e não de processo administrativo (FARIAS, 2015, p. 149). Considerar o licenciamento ambiental como mero procedimento é uma forma de reconhecer a supremacia do Estado, que conduzirá unilateralmente as discussões ambientais, sem a obrigação de assegurar o direito de os interessados difusos e coletivos participarem da

construção do provimento estatal. Em contrapartida, reconhecer o licenciamento ambiental como modalidade de processo coletivo de cunho administrativo é uma forma de assegurar a implementação do contraditório e, conseqüentemente, a legitimidade democrática do provimento final, haja vista a indispensabilidade de participação de todos os interessados difusos na construção das decisões envolvendo o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado.

Para corroborar o entendimento acima exposto, mostra-se relevante apresentar alguns conceitos doutrinários acerca da natureza jurídica do licenciamento ambiental. Para Fabiano Melo a natureza jurídica do licenciamento ambiental é de um “procedimento administrativo decorrente do poder de polícia, com a finalidade de avaliar os possíveis impactos e riscos de uma atividade ou empreendimento potencialmente causador de degradação ambiental ou poluição” (2017, p. 221). No mesmo sentido, Celso Antônio Pacheco Fiorillo pontua que o “licenciamento ambiental não é ato administrativo simples, mas sim um encadeamento de atos administrativos, o que lhe atribui a condição de procedimento administrativo” (2020, p. 252). Por sua vez, em sentido contrário, Paulo de Bessa Antunes, entende que o licenciamento ambiental constitui uma modalidade de processo, destacando, inclusive, que “há uma evidente impropriedade técnica nas definições normativas que têm insistido em classificar o licenciamento ambiental como mero procedimento, [...]” (ANTUNES, 2011, p. 175).

O procedimento administrativo, como pontua Odete Medauar, se caracteriza pela “sucessão encadeada de atos” (2018, p. 160). Já o processo administrativo, segundo menciona a autora, “caracteriza-se pela atuação dos interessados, em contraditório, seja ante a própria Administração, seja ante outro sujeito (administrado em geral, licitante, contribuinte, por exemplo), todos, neste caso, confrontando seus direitos ante à Administração” (2018, p. 160). O processo de licenciamento ambiental, conforme se depreende da legislação, como já destacado nesta pesquisa, se dá no contexto de um procedimento que se desenvolve em contraditório, ou seja, é típica espécie de processo administrativo.

Conforme dispõe Talden Farias, “o licenciamento ambiental se pauta pelo alto grau de complexidade e de litigiosidade e pela necessidade de estabelecimento de contraditório e de ampla defesa” (2015, p. 148). Somado a isso, para o referido autor o processo de licenciamento ambiental “deve ser feito mediante o estabelecimento de regras claras e previamente estabelecidas, com o objetivo de que seja resguardado o direito dos interessados, tanto da parte que pleiteia, quanto da parte que se opõe à concessão da licença (FARIAS, 2015, p. 150).

Ademais, Talden Farias destaca, ainda, que um dos principais efeitos da adoção da classificação do licenciamento ambiental enquanto uma modalidade de processo administrativo seria o aumento do controle social. Pontua o jurista que “em se tratando de um interesse difuso a coletividade não somente terá acesso aos documentos como poderá atuar como parte interessada” (FARIAS, 2015, p. 149). Assim, a partir das construções teóricas mencionadas, Talden Farias conclui, sobre a temática da natureza jurídica do processo administrativo do licenciamento ambiental, que: “as características do licenciamento correspondem perfeitamente às do processo administrativo, a exemplo da obrigatoriedade do estabelecimento de publicidade de acesso aos autos, de contraditório, de ampla defesa, de motivação e do dever de decidir” (2015, p. 151).

Cumpre mencionar que os possíveis entraves para se considerar o licenciamento como modalidade de processo decorrem, como destaca Talden Farias, do fato de não existir “uma determinação precisa dos direitos e deveres dos órgãos ambientais, dos requerentes da licença ambiental e dos interessados no licenciamento” (2015, p. 149). Esta sistemática, como pontua o jurista, dificulta ainda mais a classificação do licenciamento ambiental enquanto modalidade de processo administrativo, já que “pode trazer insegurança para os administrados e abrir

espaço para o cometimento de arbitrariedades por parte da Administração Pública” (FARIAS, 2015, p. 149).

Feitas as primeiras considerações acerca da natureza jurídica de processo administrativo do licenciamento ambiental, pode-se concluir, também, que tendo em vista que as etapas do procedimento do processo de licenciamento ambiental devem ser efetivadas perante a administração pública e, via de consequência, devem observar os princípios constitucionais que regem a administração pública, é possível a aplicação subsidiária da Lei 9.874/99, legislação que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em específico, no caso de lacunas na legislação ambiental federal (ANTUNES, 2011, p. 176).

Importa mencionar, por fim, que o licenciamento ambiental se exterioriza por meio da concessão de alvarás. A concessão dos referidos alvarás decorre de “normas e princípios de direito administrativo que, no entanto, passam por importantes transformações quando destinadas a disciplinar as intervenções sobre o meio ambiente [...]” (ANTUNES, 2011, p. 171). Assim, tem-se mais uma evidência acerca da natureza jurídica de processo administrativo do licenciamento ambiental. Com escopo de complementar essas primeiras considerações acerca da natureza jurídica do processo administrativo de licenciamento ambiental, o próximo tópico da pesquisa sistematizará a presente análise a partir das construções teóricas do jurista italiano Elio Fazzalari, primeiro processualista a distinguir, de forma científica e técnica, os institutos do processo e procedimento.

3.1 PROCESSO E PROCEDIMENTO NA TEORIA DE ELIO FAZZALARI E SEUS IMPACTOS NA ANÁLISE DO INSTITUTO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Objetiva-se com o presente tópico da pesquisa apresentar considerações acerca das construções teóricas do jurista italiano Elio Fazzalari sobre os institutos do processo e procedimento. Destaca-se que a análise se delimitará nas considerações apresentadas em sua obra “Instituições de Direito Processual”, escrita na década de 1970 e traduzida em 2006 para o português, pela jurista Elaine Nassif. A teoria do referido jurista mostra-se relevante, já que foi o primeiro teórico a distinguir de forma sistemática o conceito de processo e procedimento, afastando-se das construções teóricas do processo como relação jurídica. Ademais, as proposições teóricas formuladas pelo processualista italiano, não se aplicam apenas ao processo judicial, mas a todas as modalidades de processo, inclusive o administrativo.

Conforme já evidenciado nesta pesquisa, a concepção que melhor explica a natureza jurídica do licenciamento ambiental é aquela que entende tratar-se de modalidade de processo administrativo. Em que pese a previsão legislativa expressa, o licenciamento ambiental não se resume a mero procedimento. Dessa forma, torna-se relevante para a pesquisa a análise do instituto do licenciamento ambiental sob a ótica das construções teóricas propostas por Elio Fazzalari, isso porque, o processualista italiano foi o primeiro teórico a advertir sobre a necessidade de um estudo científico acerca da distinção entre processo e procedimento (FAZZALARI, 2006, p. 110). Importa mencionar, ainda, que Fazzalari destaca que o estudo do instituto do procedimento iniciou-se primordialmente no âmbito da atividade administrativa (2006, p. 110).

Sistematizando a diferença entre processo e procedimento, o jurista italiano dispõe que o procedimento constitui “uma sequência de atos, os quais são previstos e valorados pelas normas” (FAZZALARI, 2006, p. 114). Ou seja, “o procedimento é, enfim, visto como uma sequência de “faculdades”, “poderes”, deveres, quantas e quais sejam as posições subjetivas possíveis de serem extraídas das normas em discurso” (FAZZALARI, 2006, p. 114). É importante

destacar, também, o fato de que “o provimento é o ato para qual o procedimento conspira: nesse sentido pode convencionar-se designá-lo, também, como ato final” (FAZZALARI, 2006, p. 115).

Já o processo, de acordo com o referido jurista, “é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades” (FAZZALARI, 2006, p. 1190). Desta forma, para Elio Fazzalari “o processo é um procedimento que possui estrutura dialética: o contraditório” (2006, p. 1190). Em resumo, o elemento que diferencia o processo do procedimento é o contraditório, que para o autor citado é definido como paridade de armas, ou seja, deve-se garantir igualdade a todos os interessados quanto ao direito de participarem da construção do provimento final de mérito, seja no âmbito judicial ou administrativo.

A estrutura do processo, de acordo com as construções teóricas de Elio Fazzalari, garante a possibilidade da efetiva participação daqueles que sofrerão os efeitos do provimento, em simétrica paridade (2006, p. 119). Nesse sentido, pontua Elio Fazzalari, a importância da “participação dos sujeitos no processo, enquanto prováveis destinatários da eficácia do ato emanado” (2006, p. 122), e mais, para o autor, o que define a legitimação para agir é a aptidão de os sujeitos serem afetados juridicamente pelos efeitos jurídicos do provimento final de mérito (2006, p. 122). Conforme destaca Fabício Veiga Costa, citando Fazzalari, “sempre que a preparação do provimento decorrer da direta ingerência das partes na sua construção em contraditório, tem-se processo” (2012, p. 58). E complementa, mencionando que a análise do provimento será fator primordial para indicar se há ou não processo, ou seja, se há ou não participação dos interessados, em contraditório, na construção do provimento (COSTA, 2012, p. 58).

Outro ponto a se destacar diz respeito ao fato de Fazzalari entender que o processo não se limita ao âmbito judicial, mas estende-se, para outros ramos, a exemplo do administrativo (2006, p. 126). Isso ocorre, pois, a teoria de Fazzalari pauta-se na ideia de provimento: “Verifica-se a distinção entre processo e procedimento pelo critério lógico da inclusão, uma vez que foi desenvolvida uma teoria do provimento, em que o processo é visto como uma garantia das partes” (COSTA, 2012, p. 56). No mesmo sentido, Aroldo Plínio Gonçalves, dispõe que “FAZZALARI caracteriza os provimentos como atos imperativos do Estado, emanados dos órgãos que exercem o poder, nas funções legislativa, administrativa ou jurisdicional” (GONÇALVES, 2016, p. 95). Ademais, sob esta perspectiva, o processo somente alcança o seu objetivo quando constitui uma estrutura que oportuniza a construção participada do provimento em contraditório (COSTA, 2012, p. 61).

Assim, a análise do instituto do licenciamento ambiental, sob a ótica da teoria de Fazzalari, evidencia que este constitui modalidade de processo, e não de procedimento. Resta clara a presença do contraditório no rito do processo administrativo de licenciamento ambiental, de modo a oportunizar que os interessados difusos possam participar da construção do provimento, ou seja, da decisão sobre a concessão ou não das licenças ambientais para as atividades e empreendimentos que utilizam recursos naturais e geram impacto ambiental. Portanto, a partir das construções teóricas do jurista italiano Elio Fazzalari, o licenciamento ambiental é modalidade de processo administrativo e, como se verá adiante, processo coletivo. Deste modo, o provimento neste modelo de processo deve ser construído, impreterivelmente, de forma dialógica por todos os interessados difusos, em contraditório, a fim de alcançar democraticidade do conteúdo decisório.

4. PROCESSO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL COMO MODALIDADE DE PROCESSO COLETIVO DEMOCRÁTICO

Importa neste último tópico da pesquisa a análise do licenciamento ambiental enquanto modalidade de processo coletivo democrático. A análise das modalidades de ações coletivas previstas em nosso ordenamento jurídico pode resultar em um entendimento errôneo de que este modelo de processo decorre apenas de procedimento judiciais, à exemplo da ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo. No entanto, o fenômeno coletivo pode decorrer, também, de processos que tramitam no âmbito administrativo e legislativo, ou seja, é possível pensar e compreender o processo coletivo sob a perspectiva judicial, administrativa e legislativa.

Outra questão importante para a presente discussão científica decorre de o fato da ação coletiva ter como foco central o seu objeto. Assim, inicialmente importa mencionar que o processo coletivo não deve ser analisado sob a ótica dos sujeitos que participam do processo, mas, sim, do seu objeto (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 175). Conforme preleciona o jurista Vicente de Paula Maciel Júnior, “não é possível explicar o fenômeno difuso ou coletivo a partir do sujeito porque não há interesse coletivo ou difuso. Interesse é sempre individual” (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 175). Nesse sentido, é possível afirmar que todos os interessados difusos, direta ou indiretamente afetados pelos efeitos jurídicos do provimento final, poderão participar da construção da decisão envolvendo direito difuso, tal como ocorre no licenciamento ambiental, que tem como objeto o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado.

Desta forma, diferente do que preconiza a doutrina tradicional, que visualiza o processo coletivo a partir dos sujeitos que compõe a litigiosidade de massa, Vicente de Paula Maciel Júnior apresenta as ações coletivas a partir do seu objeto. Nesse sentido, o que caracteriza o processo coletivo não é o fato de existir um número indeterminado de sujeitos, mas, sim, a existência de um fato, bem ou situação jurídica que atinge um número indeterminado de interessados, ou seja, o estudo do processo coletivo, dos seus princípios e institutos se dará em torno do objeto da ação coletiva (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 175).

A presente pesquisa, conforme já delimitado, apresentou um estudo do licenciamento ambiental enquanto modalidade de processo administrativo e se propõe, neste momento, a apresentar construções teóricas acerca do processo de licenciamento ambiental enquanto um modelo de processo administrativo coletivo democrático. Referida análise é possível, pois o processo de licenciamento ambiental tem por objeto uma situação jurídica que atinge um número indeterminado de sujeitos: a tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desta forma, além de ser um processo administrativo, o licenciamento ambiental é, também, uma modalidade de processo coletivo democrático, haja vista que seu objeto diz respeito aos direitos pertencentes a um número indeterminado de pessoas.

Enquanto modalidade de processo coletivo, o licenciamento ambiental deve se orientar de acordo com um procedimento compatível com o paradigma do estado brasileiro, qual seja, o democrático. Nesse sentido, o modelo de processo participativo mostra-se mais adequado e compatível com a sistemática e principiologia do Estado Democrático, em especial, sob a ótica do que dispõe o artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988 (soberania popular). O atual modelo de processo coletivo adotado pelo Brasil é representativo, ou seja, o legislador elencou quais são os sujeitos legitimados à propositura da ação coletiva, excluindo, do rol dos legitimados, na maioria das ações coletivas, à exceção da ação popular, o interessado difuso e coletivo.

No contexto das ações coletivas, no direito brasileiro os interessados difusos ou coletivos⁵, ou seja, aqueles que sofrerão os efeitos do provimento, não podem participar da construção do seu mérito de forma direta e discursiva. Segundo Vicente de Paula Maciel Júnior, é indiscutível o fato de que o processo coletivo possui “uma grande força participativa, mesmo porque o seu resultado poderá gerar modificações e adequações de atos de execução dos agentes políticos no exercício de competências de poder” (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 119). E complementa: “Isso representa uma forma de controle participativo e a ação coletiva é uma forma de linguagem jurídica adequada à colocação em debate do discurso sobre questões controvertidas na sociedade” (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 119).

O processo coletivo participativo garante a construção dialógica do provimento, além de torná-lo legítimo, sob a ótica democrática, já que o “princípio básico da democracia é o direito de simétrica participação dos interessados nos processos de formação da vontade” (COSTA, 2012, p. 214). Assim, constitui elemento intrínseco de validade e legitimidade democrática do provimento nas ações coletivas a garantia de participação simétrica de todos os interessados difusos e coletivos na construção do mérito.

Ademais, isto é necessário para que o contraditório, princípio orientador do processo, ganhe especial destaque, haja vista que não apenas garante a participação dos interessados na construção do provimento, mas, também, a possibilidade de influenciarem dialogicamente na construção da decisão em “igualdade simétrica de oportunidades” (GONÇALVES, 2012, p. 109). Logo, torna-se essencial a validade da decisão, a possibilidade de participação dos interessados difusos e coletivos, de modo a influenciar na construção do provimento. Somente desta forma o processo coletivo alcançará legitimidade sob o crivo do processo constitucional democrático. Assim, no próximo tópico da presente pesquisa será apresentada uma teoria apta a garantir essa participação dos interessados na construção do provimento nos processos administrativos coletivos de licenciamento ambiental, bem como será evidenciado um procedimento apto a garantir, em razoável duração, a efetivação desta participação.

4.1. DEMOCRATICIDADE E CONSTRUÇÃO PARTICIPADA DO PROVIMENTO NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS COLETIVOS DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Depois de toda a trajetória de análise do objeto de investigação da presente pesquisa, o presente tópico tem por objetivo analisar o processo administrativo coletivo de licenciamento ambiental sob a perspectiva democrática e apresentar um referencial teórico apto a garantir a efetiva participação dos interessados difusos na construção do provimento do licenciamento ambiental. Assim, busca-se, de forma crítica e por meio da observância da razoável duração do processo, sistematizar um modelo participativo de processo de licenciamento ambiental.

No processo coletivo de licenciamento ambiental a criação de um espaço procedimental que oportuniza um amplo debate entre os sujeitos interessados é fator primordial para a legitimação do provimento. Apesar da previsão da audiência pública e da publicação de diversas etapas do processo de licenciamento ambiental no Diário Oficial, a fim de se efetivar e oportunizar a participação democrática, a legislação ambiental não deixa, de forma clara, como os mecanismos de participação dos interessados serão implementados. Além disso, a ausência de uma clara previsão procedimental participativa para o processo de licenciamento

⁵ Conforme explica Vicente de Paula Maciel Júnior o interesse é sempre individual. Deste modo, resta incompatível com o fenômeno das ações coletivas a nomenclatura interesse difuso ou interesse coletivo. O direito pode ser denominado difuso ou coletivo, mas o interesse é sempre individual. Assim, o correto seria se denominar interessados difusos ou coletivos, ou seja, os sujeitos que manifestam o interesse face um determinado bem tutelado pela lei (2006, p. 152, 155).

ambiental torna o referido processo lento e burocrático, constituindo-se a participação popular uma maneira formal de se buscar a legitimidade democrática do provimento final de mérito.

Conforme já evidenciado, a processualidade coletiva democrática reclama a oportunidade dos interessados difusos e coletivos participarem efetivamente da construção do provimento. Essa possibilidade de participação no contexto do processo coletivo somente é possível por meio da adoção da teoria das ações coletivas como ações temáticas, a fim de criar um espaço processual simétrico para discussão participada de temas. A teoria das ações coletivas como ações temáticas, idealizada pelo jurista Vicente de Paula Maciel Júnior, parte do pressuposto de que ações coletivas são essencialmente participativas, ou seja, devem “permitir que o maior número de legitimados interessados possa defender suas teses [...]” (2006, p. 178) e, assim, garantir a legitimidade democrática do provimento estatal cujo objeto é o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Sob esta ótica, referida teoria estabelece que “ação coletiva deve ser uma demanda que viabilize a construção de “temas”. Esses temas são os fatos ou situações jurídicas que afetam os interessados” (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 178). A partir da delimitação dos temas, é possível estabelecer quais serão os pontos controvertidos essenciais para a discussão de mérito da ação coletiva. Nesse sentido, tomando por base o processo administrativo coletivo de licenciamento ambiental, o tema (fato ou situação jurídica) seria a concessão da licença ambiental de uma determinada atividade ou empreendimento que utiliza recursos naturais e provoca impacto ambiental. Assim, todos os interessados difusos (sujeitos que serão afetados pela concessão da licença ambiental, como por exemplo, os moradores de um determinado município, associações de proteção ao meio ambiente, Ministério Público, dentre outros), terão legitimidade para participar da construção do provimento do processo administrativo de licenciamento ambiental.

Importa mencionar que a pluralidade da argumentação construída pelos interessados difusos e coletivos é o que auxiliará na construção democrática do conteúdo do processo de licenciamento ambiental, ou seja, “quanto maior a participação dos interessados na formação do mérito do processo maior será a possibilidade de que esse processo represente o conflito coletivo de forma ampla” (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 179).

Apresentadas as considerações iniciais acerca da teoria das ações coletivas como ações temáticas e pautado no procedimento do licenciamento ambiental estabelecido pelo artigo 10, da Resolução 237/1997 do CONAMA, seria possível a apresentação de proposições *lege lata* e *lege ferenda*, a fim de implementar uma procedimentalização participativa no processo administrativo coletivo de licenciamento ambiental. Deste modo, na primeira etapa do processo coletivo de licenciamento ambiental, conforme dispõe a Resolução 237/1997 do CONAMA, o órgão ambiental competente definirá, com a participação do empreendedor, os documentos, projetos e estudos ambientais, necessários para expedição da licença ambiental. Na segunda etapa do processo, por sua vez, o empreendedor apresentará o requerimento da licença ambiental, o qual se dará a devida publicidade (artigo 10, II, da Resolução 237/1997 do CONAMA).

Nesse momento, será possível a definição dos temas que dizem respeito ao licenciamento ambiental sob análise (o tema poderia ser, por exemplo, licenciamento ambiental de uma Hidrelétrica localizada no Município X). A partir da definição do tema, juntamente com a publicação do pedido no Diário Oficial, seriam expedidos editais, no Diário Oficial e nos diversos meios de comunicação (impresso e digital), para que os interessados possam participar da construção do provimento (sociedade civil, Poder Executivo, Ministério Público, Associações de Proteção ao Meio Ambiente, interessados difusos, ou seja, todos os sujeitos que sofrerão os efeitos do provimento). Importante mencionar, também, que a legislação ambiental deverá

estabelecer um prazo razoável para que seja possível essa participação dos interessados quanto à apresentação de considerações sobre o(os) tema(s).

Após o recebimento das manifestações dos interessados difusos e a delimitação do(s) tema(s), o órgão ambiental fixará todos os pontos controvertidos do licenciamento ambiental, estabelecendo, inclusive, quais são os projetos, estudos ambientais, vistorias técnicas, solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, necessários para a construção do provimento, conforme estabelece o artigo 10, incisos II, III e IV, da Resolução 237/1997 do CONAMA.

Para efetivar a discussão dos pontos controvertidos do processo de licenciamento ambiental, a realização de audiência pública será um instrumento essencial (artigo 10, incisos V, da Resolução 237/1997 do CONAMA). Na audiência pública, todos os interessados difusos poderão apresentar os argumentos sobre o deferimento ou não da licença ambiental do empreendimento. Além disso, conforme pontua Fabrício Veiga Costa “a realização da audiência pública é uma estratégia extremamente relevante para assegurar a legitimidade democrática do provimento e a participação ampla dos interessados no processo coletivo” (2012, p. 233, 234). Ademais, como pontua o referido jurista “a audiência pública é uma forma de os interessados na pretensão amadurecerem os fundamentos do debate para, assim, conseguirem identificar com maior coerência e clareza quais os temas e as alegações mais pertinentes para o caso concreto” (COSTA, 2012, p. 235).

Interessante destacar que as audiências públicas no processo de licenciamento ambiental podem ser realizadas, inclusive, de forma virtual. A audiência pública virtual nas ações coletivas oportuniza a discussão e levantamento dos temas que serão o objeto de discussão de mérito. Nesse sentido, a Resolução 494/2020, do CONAMA, estabeleceu a possibilidade da realização da audiência pública virtual nos processos de licenciamento ambiental, em caráter excepcional e temporário, durante o período da pandemia do Novo Coronavírus (COVID-19). Nesse contexto propositivo é importante esclarecer que a utilização da tecnologia constitui uma forma de ampliar o debate dos temas referentes à pretensão coletiva e, assim, garantir maior participação popular na construção do provimento final de mérito.

A Resolução 494/2020, do CONAMA, ao tratar sobre a realização das audiências públicas virtuais estabelece a necessidade de uma ampla divulgação e disponibilização do conteúdo em análise, além da viabilização, observada a segurança sanitária dos participantes, de ao menos um ponto de acesso virtual aos diretamente impactados pelo empreendimento e, caso se faça necessário, de outros pontos, conforme a análise do caso pela autoridade licenciadora e o recebimento dos participantes das críticas e sugestões. Destaca-se que, no contexto da presente pesquisa, as audiências públicas virtuais nos processos administrativos de licenciamento ambiental seriam uma permissibilidade como regra e não como exceção, conforme dispõe a Resolução 494/2020 do CONAMA, que instituiu as audiências virtuais em caráter excepcional e temporário.

Por fim, importante evidenciar como se daria a aplicação da teoria das ações coletivas como ações temáticas na última etapa do processo de licenciamento ambiental, qual seja, a emissão de parecer técnico conclusivo, e, quando couber, parecer jurídico, para exposição do deferimento ou indeferimento do pedido de licença. Com a implementação da construção participada do provimento do processo administrativo coletivo de licenciamento ambiental, o deferimento ou indeferimento da licença será consequência de uma construção dialógica e participada implementada por todos aqueles que serão afetados por essa decisão. A decisão sobre a concessão ou não da licença será publicada no Diário Oficial (art. 4º, inciso I, da Lei 10.650/2003), como já analisado na pesquisa. Nesse sentido, a adoção da teoria das ações coletivas como ações temáticas para o processo administrativo coletivo de licenciamento ambiental

permitirá a efetiva "participação dos legitimados na formação do provimento, resgatando às partes (interessados difusos) o direito de participação em contraditório no processo decisório que os afetará" (COSTA, 2006, p. 185).

Evidencia-se, portanto, que o procedimento participado para a construção do provimento do processo administrativo coletivo de licenciamento ambiental é o meio apto e adequado para atribuir um caráter democrático a este modelo de processo. Somente com a garantia de efetiva oportunidade de simétrica participação dos interessados difusos na construção da decisão de mérito é que o provimento do processo administrativo coletivo de licenciamento ambiental cumprirá o seu objetivo de proteção e tutela do meio ambiente assegurando-se, assim, a legitimidade democrática da decisão proferida.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do instituto do licenciamento ambiental evidencia a importância de se estabelecer um estudo acerca da sua natureza jurídica enquanto modalidade de processo administrativo coletivo, em especial, sob a ótica da proteção do direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Diferente do que preconiza a doutrina majoritária, o licenciamento ambiental constitui modalidade de processo administrativo e como tal deve assegurar a observância de todas as garantias fundamentais previstas no texto constitucional: contraditório, ampla defesa e recursos.

Os critérios jurídico-legais e constitucionais utilizados como parâmetro para o reconhecimento do licenciamento ambiental como modelo de processo coletivo democrático são demonstrados nessa pesquisa a partir do direito que todos os interessados difusos terão de participarem ativamente da construção do provimento final de mérito, garantindo-se, assim, a legitimidade democrática do conteúdo decisório.

Tomando-se por base, os ensinamentos e proposições teóricas do jurista italiano Elio Fazzialari, evidencia-se que o contraditório é um elemento essencial à diferenciação da figura do processo e do procedimento e, também, é fator que oportuniza definir a natureza jurídica do licenciamento ambiental enquanto modalidade de processo administrativo coletivo e democrático. Além disso, sob a ótica do seu objeto (proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado), como restou demonstrado, é modalidade de processo coletivo, já que a situação jurídica tutelada afeta um número indeterminado de interessados difusos.

Nesse sentido, a presente pesquisa demonstrou a necessidade de se analisar o processo administrativo coletivo de licenciamento ambiental em consonância com o paradigma de Estado Democrático. Desta forma, a procedimentalização deste processo deve oportunizar uma ampla e irrestrita possibilidade de participação dos interessados difusos na construção do provimento. De modo a estabelecer um ponto de equilíbrio para sistematização desta procedimentalização, lançou-se mão da teoria das ações coletivas como ações temáticas, de autoria do jurista Vicente de Paula Maciel Júnior, além da teoria da formação participada do mérito nas ações coletivas, de autoria de Fabrício Veiga Costa. Referidas teorias estabelecem a necessidade de se oportunizar a construção de temas nos processos coletivos, de modo a efetivar participação, na construção do provimento, dos interessados difusos e coletivos. Este procedimento, portanto, será observado nos processos administrativos coletivos de licenciamento ambiental.

Assim, pode-se concluir que a análise do instituto do licenciamento ambiental, enquanto procedimento, impossibilita a construção discursivo-democrática do provimento final de mérito. É importante ainda ressaltar que o processo administrativo coletivo de licenciamento ambiental deve ser um espaço procedimental de ampla discursividade e exauriência argumentativa das

questões que permeiam as peculiaridades da pretensão deduzida. Desta forma, o provimento deste modelo de processo será democrático e garantirá a efetivação de direitos fundamentais, em especial a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sustentabilidade, mediante a implementação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Direito Ambiental**. 11.ed. Salvador: Juspodvim, 2020.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BENÍCIO, Márcio Lima. Natureza da licença ambiental, revisão e segurança jurídica. **Revista Brasileira de Direito**, 10(1), p. 68-77, 2014.

BRASIL. **Lei 6.938/81**. Lei da Política Nacional do Meio Ambientel. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3729, de 08 de junho de 2004**. Dispõe sobre o licenciamento ambiental, regulamenta o inciso IV do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2004. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=257161>. Acesso em 05 de julho de 2021.

CONAMA, **Resolução nº 01, de 23 de janeiro de 1986 do Conselho Nacional do Meio Ambiente**. Dispõe sobre o Estudo Prévio de Impacto Ambiental. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res86/reso186.html>

CONAMA, **Resolução nº 09, de 03 de dezembro de 2017, do Conselho Nacional do Meio Ambiente**. Dispõe sobre o Estudo Prévio de Impacto Ambiental. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=60>

CONAMA, **Resolução nº 237, de 19 de setembro de 1997 do Conselho Nacional do Meio Ambiente**. Dispõe sobre a realização de audiência pública de forma remota, em caráter excepcional e temporário, nos casos de licenciamento ambiental. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>

CONAMA, **Resolução nº 494, de 11 de agosto de 2020, do Conselho Nacional do Meio Ambiente**. Dispõe sobre Licenciamento Ambiental. Disponível em: <https://www.ibama.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&legislacao=138737>

COSTA, Fabrício Veiga. **Mérito Processual: a formação participada nas ações coletivas**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

COSTA, Fabrício Veiga. **Princípios regentes do processo civil no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos**. 5.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

FAZZARALI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de Direito Ambiental**. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FIORRILO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas: Ações Coletivas como ações temáticas**. v.1.1.ed. São Paulo: LTr, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direito Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Editora Forense.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SILVA, Romeu Faria Thomé da. **Manual de Direito Ambiental**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

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

AS CONSEQUÊNCIAS IMEDIATAS DA MITIGAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA PARA AS INOVAÇÕES
DISRUPTIVAS: UMA LEITURA DA TEORIA DA
DESTRUIÇÃO CRIADORA DE JOSEPH A. SCHUMPETER

HAILTON DOS SANTOS RODRIGUES
LOURIVAL JOSÉ DE OLIVEIRA

AS CONSEQUÊNCIAS IMEDIATAS DA MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA PARA AS INOVAÇÕES DISRUPTIVAS: UMA LEITURA DA TEORIA DA DESTRUIÇÃO CRIADORA DE JOSEPH A. SCHUMPETER

THE IMMEDIATE CONSEQUENCES OF MITIGATION OF THE FREE INITIATIVE PRINCIPLE FOR DISRUPTIVE INNOVATIONS: A READING OF JOSEPH A. SCHUMPETER'S CREATIVE DESTRUCTION THEORY

Recebido: 21/12/2021
Aprovado: 02/01/2023

Hailton dos Santos Rodrigues¹
Lourival José de Oliveira²

RESUMO:

Esse artigo analisa a relação entre a mitigação do princípio da livre iniciativa e as consequências diretas obtidas pela perspectiva da teoria de Schumpeter, assim, o objetivo geral é identificar quais as consequências imediatas sofridas pelo mercado, com intervenção do Estado, frente às inovações disruptivas. Para tanto, é necessário apresentar a teoria de Joseph A. Schumpeter; definir a teoria das inovações disruptivas; analisar da relação entre a mitigação do princípio da livre iniciativa e as inovações disruptivas frente a teoria de Schumpeter. Trata-se de uma pesquisa de método hipotético-dedutivo com viés jurídico propositivo, uma base descritiva e uma abordagem qualitativa, seguindo-se de procedimentos bibliográficos e documentais. Verifica-se que o princípio da livre iniciativa não é absoluto, impondo a constatação de que frente a uma mitigação, a visão de Schumpeter não se desvirtua em relação ao princípio, ao contrário enaltece sua força.

Palavras-chave: Inovação Disruptiva. Livre iniciativa. Teoria dos ciclos.

ABSTRACT:

This article analyzes the relationship between the mitigation of the principle of free enterprise and the direct consequences obtained from the perspective of Schumpeter's theory, thus, the general objective is to identify the immediate consequences suffered by the market, with State intervention, against disruptive innovations. Therefore, it is necessary to present the theory of Joseph A. Schumpeter; define the theory of disruptive innovations; analyze the relationship between the mitigation of the principle of free enterprise and disruptive innovations in view of Schumpeter's theory. This is a research using a hypothetical-deductive method with a propositional legal bias, a descriptive basis and a qualitative approach, followed by bibliographic and documentary procedures. It appears that the principle of free enterprise is not absolute, imposing the observation

¹ Mestre em Direito em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Portucalense (UPT-PT). Especialista em Ética e Política pelo Instituto de Estudos Superiores do Maranhão (IESMA-MA); Docência do Ensino Superior e Planejamento educacional pelo IESMA-MA. E-mail: rodrigues252@yahoo.com.

² Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Docente titular do Programa de Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade de Marília-SP. E-mail: Lourival.oliveira40@hotmail.com.

that, faced with mitigation, Schumpeter's vision does not deviate from the principle, on the contrary, it extols its strength.

Keywords: Disruptive innovation. Free Initiative. Cycle theory.

Número da classificação: K10

1. INTRODUÇÃO

Em meados de 2017, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 449 e o Recurso Especial 1.054.110, cujos autores foram, respectivamente, o partido político (Partido Social Liberal – PSL) e a Confederação Nacional de Serviços, com o intuito de resolver sobre a proibição da restrição da atividade de transporte por motorista cadastrado em aplicativo, ferindo os princípios da livre iniciativa e livre concorrência. (CONSULTOR JURÍDICO, 2020, p.36).

Esta pesquisa visa analisar a teoria de Joseph Alois Schumpeter e pavimentar o conhecimento sobre as consequências da mitigação do princípio da livre iniciativa frente às inovações disruptivas. Elaborou-se, então, o tema “a mitigação do princípio da livre iniciativa” com a indagação seguinte: Quais as consequências imediatas da mitigação do princípio da livre iniciativa para as inovações disruptivas?

Essa resposta tem como escopo um viés que envolve os ditames constitucionais econômicos e a hermenêutica da teoria da destruição criadora de Schumpeter e seus estudos sobre os ciclos econômicos.

Desse modo, o objetivo geral da pesquisa consiste em identificar quais as consequências imediatas sofridas pelo mercado, com a intervenção do Estado, frente às inovações disruptivas, em uma perspectiva schumpeteriana.

Nesse sentido, os objetivos específicos são: apresentar a teoria de Schumpeter; definir o conceito de ciclos econômicos, inovações e destruição criadora; definir a teoria das inovações disruptivas; analisar a relação entre a mitigação do princípio da livre iniciativa e as inovações disruptivas frente a teoria de Schumpeter.

Adota-se, como metodologia de pesquisa, uma proposta jurídico-propositiva, ou seja, diversos questionamentos sobre normas e conceitos, em um método hipotético-dedutivo com uma base descritiva e uma abordagem qualitativa, seguindo-se de procedimentos bibliográficos e documentais.

Para tanto, faz-se uso da teoria de Joseph A. Schumpeter, com a definição das inovações disruptivas de Clayton M. Christensen e a apresentação do princípio livre iniciativa no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, uma análise da relação entre a mitigação do princípio da livre iniciativa e as inovações disruptivas frente à teoria de Schumpeter.

2. A TEORIA DE JOSEPH ALOIS SCHUMPETER

O desenvolvimento econômico, o papel da economia e suas influências na sociedade ganharam um vigor com a inclusão das teorias do jovem Joseph Alois Schumpeter que, durante o século XX, inseriu conceitos, tais como avanço tecnológico, inovações e ciclos. Sempre à procura de uma explicação para o desenvolvimento da economia e sua dinâmica de transição (COSTA, 2011).

O economista austríaco-americano, Schumpeter despertou para as explicações que envolviam a crise econômica, e em 1911, construiu uma interpretação singular com base em uma vertente tecnológica que iria de encontro às teorias de um fluxo circular da economia defendido por um viés clássico (NEUTZLING; PEDROZO, 2009).

Assim, a teoria dos ciclos econômicos e do desenvolvimento da economia fomentaram a pesquisa sobre o equilíbrio não linear, que se fazia presente no processo de desenvolvimento da economia. Não compatível com o fluxo circular que naturalmente prestigiava o equilíbrio. Para Schumpeter, essas mudanças eram espontâneas e descontínuas, sempre alternando o equilíbrio, em uma constante (SCHUMPETER, 1982).

Na teoria de Schumpeter, o desenvolvimento é oriundo de um processo de mudanças contínuas e, logo no prefácio da edição inglesa *“The theory of economic development, traduzido por redvers opie”*, o economista comenta que ao escrever o capítulo VI sobre ciclos econômicos estava convencido de que existia um único movimento considerado ondulatório, que fora descoberto por “juglar”. No entanto, O cientista político confirma ter convencido a si próprio de que existiam três movimentos ou mais, o que reforça a inconstância do movimento em sua teoria (SCHUMPETER, 1997).

Logo, a teoria de Schumpeter buscou, por intermédio dos estudos dos ciclos econômicos e das inovações tecnológicas, uma explicação para compreender o processo de desenvolvimento econômico, que para o economista era gestado no interior e de forma descontínua da produção de bens e serviços tendo, no entanto, como personagem principal o empreendedor (NEUTZLING; PEDROZO, 2009).

O empreendedor, desse modo, é visto como peça-chave para o desenvolvimento, não obstante suas ações às vezes de risco, mas que possibilitam para outros investidores, por verossimilhança, uma cópia de suas ações prodigiosas e sua visão de mercado apurada.

2.2 A GÊNESE DAS CRISES

Os fatores de produção ocupam uma posição privilegiada na teoria de Schumpeter, pois geram uma combinação de formas para uma determinada produção, divididos em materiais e imateriais. Os materiais são constituídos pelos fatores originais tais como: a terra e a produção, enquanto os imateriais ocupam-se dos fatores técnicos e de organização social, consubstanciados como o meio ambiente sociocultural. Logo, essa variação observada por Schumpeter despertaria ainda mais as análises internas do capitalismo (MORICCHI; GONÇALVES, 1994).

A frequência e mesmo a regularidade das crises tantas vezes confirmada não seria em si mesma nenhum argumento conclusivo, uma vez que se pode facilmente conceber que tais perturbações devam ocorrer na vida prática. Uma crise seria então simplesmente o processo pelo qual a vida econômica se adapta a novas condições. (SCHUMPETER, 1997, p. 206).

Assim, a crise comporia esse rol de elementos para formar uma interpretação do desenvolvimento econômico, tendo em vista que o processo de produção, ao estagnar-se naturalmente, forçava mudanças com transformações e muitos incômodos iniciais, que modificariam todo o processo, gradativamente. Esses, impulsionados por inovações de natureza técnica, alterariam todo o processo econômico (NEUTZLING; PEDROZO, 2009).

A depressão seria o marco de término do auge econômico, um período em que a produção se desgastaria e outros produtos começariam a surgir, revelando a temporariedade do ciclo marcado por um ponto de coincidência chamado crise, para retomar a marcha do

desenvolvimento em um contínuo transcorrer, como comenta o economista “[...] um novo boom se sucede à depressão, quando o processo de reabsorção das inovações estiver terminado.” (SCHUMPETER, 1997, p. 202).

O movimento de expansão e recuperação se traduz em crescimento da atividade econômica, do contrário o crescimento é estagnado e há uma conseqüente redução, sendo que o equilíbrio entre forças positivas e negativas é operado por um certo período estacionário, onde o movimento retoma a marcha normal do desenvolvimento, elegendo como ponto de referência o equilíbrio gerado (DIEHL, 2020).

O que o economista expõe, nesse ensaio brilhante sobre o movimento observado, é que o desenvolvimento suscita uma constante que tem por movimentos cíclicos sua arquitetura desenvolvida por um tempo, que só a sociedade pode conduzir para mais ou para menos.

2.3 A TEORIA DOS CICLOS

A percepção de Kondratieff, ao pesquisar sobre os ciclos o levou a uma relação entre os ciclos longos e o desenvolvimento tecnológico. Tão logo, Schumpeter inspirado nessa relação elabora por intermédio da teoria da inovação uma explicação para o trabalho de Kondratieff, o que também serviu de inspiração para formular sua própria teoria dos ciclos longos com base nas ondas de inovação (PEREIRA, 1986).

Segundo Cavalca *et al.* (2017, p. 23), “o termo ciclo não significa que este seja simétrico e que cada período tenha sempre a mesma duração, e sim que ele acontece em uma ordem pré-estabelecida (um outro termo usado para substituir ciclo e que evita possível má interpretação é flutuações econômicas)”.

Os ciclos econômicos são vistos como variações no desenvolvimento econômico retratado por fatores que podem ser externos, de crescimento e inovação, revelando-se as condições para a existência dos mesmos que, para Schumpeter, naturalmente resultaria das inovações (DIEHL, 2020).

O estado de equilíbrio é uma tendência aparentemente normal, no entanto, uma força impulsionadora é gerada pelas inovações que não ocasionalmente busca um ponto de equilíbrio para retomar a continuidade do ciclo. Assim, o economista ressalta que como ficção acadêmica o equilíbrio é apenas um ponto de referência, visto que o movimento sofre diversas interferências no movimento normal do ciclo, uma tendência oriunda dos conflitos que ocorrem no meio social (MOTA, 2018).

Bresser-Pereira (1986) expõe a identificação feita por Schumpeter nas obras, “A Explicação dos Ciclos Econômicos” de 1927, e no “*Business cycles*” de 1939, e diz que Schumpeter pretendeu explicar todos os tipos de ciclos econômicos por intermédio de sua teoria das inovações, identificando-se três tipos de ciclos, a saber: Os ciclos de Kondratieff durando 50 a 60 anos, os ciclos de Juglar com mais de 9 anos e os ciclos de Kitchin com 40 meses.

Entretanto, os ciclos de Kondratieff foram os que propiciaram a Schumpeter um cenário para suas explicações devido a identificação com sua teoria das ondas de inovações (CAVALCA *et al.*, 2017).

Historicamente, o primeiro Kondratieff coberto por nosso material significa a revolução industrial, incluindo o processo prolongado de sua absorção. Nós a datamos dos anos oitenta do século XVIII a 1842. A segunda se estende ao longo do que foi chamado de era do vapor e do aço. Ele segue seu curso entre 1842 e 1897. E o terceiro, o Kondratieff da eletricidade, química e motores, data de 1898 em diante. Essas datações não carecem

de justificativa histórica. No entanto, eles não são apenas provisórios, mas também meramente aproximados por natureza. (SCHUMPETER, 1939, p. 178, tradução nossa).³

Logo, observar os ciclos econômicos e suas variações aumentam as possibilidades de previsão e acompanhamento do desenvolvimento econômico, pelo grau intrínseco de manifestação em que o ciclo se revela. Entre a inovação e a introdução dos produtos produzidos oriundos dessas, um lapso de tempo demarcado pelos ciclos permite uma análise de todo processo desde a criação até o seu exaurimento (MORICOCI; GONÇALVES, 1994).

Essa observação é oriunda de uma lógica temporal inconstante que pode ser previsível que acontecerá, mas não se mostra claramente, nem quando e nem porque utilizou determinado tempo.

2.4 AS ONDAS DE INOVAÇÕES

O fenômeno fundamental do desenvolvimento econômico é exposto por Schumpeter, destacando-se o empresário inovador, ou seja, a inovação é o próprio fenômeno, cuja figura central é o agente econômico que insere novos produtos no mercado, utilizando-se de sua expertise em combinações que se apresentam mais eficientes para dinamizar os fatores de produção, ou a inserção, materializada em uma inovação ou uma invenção (SCHUMPETER, 1997).

Schumpeter (1997) observou que atrelado à inovação, um investimento alto era percebido quando da inserção de novos produtos no mercado, uma euforia que teria um período determinado de prosperidade econômica. Assim, não tardaria em uma redução do emprego e da própria produção, seguindo-se de uma baixa nos investimentos.

Consequentemente, uma onda de investimentos de capital ativa a economia, gerando a prosperidade e o aumento do nível de emprego. À medida que as inovações tecnológicas ou as modificações introduzidas nos produtos antigos são absorvidas pelo mercado e seu consumo se generaliza, a taxa de crescimento da economia diminui e tem início um processo recessivo com a redução dos investimentos e a baixa da oferta de emprego. (SCHUMPETER, 1997, p. 9).

Esse novo elemento que impulsiona o desenvolvimento econômico tem seu ápice quando completado seu ciclo comercial, com uma consequente produção de riqueza, ou seja, uma invenção é uma transformação em potencial sobre artefatos, produtos e processos, com um ciclo definido (SANTOS; FAZIAN; MOROE, 2011).

A destruição criadora é vista como um evento perene pelo economista, que enfatiza ao dizer que as estratégias dos negócios se compõem, ou mesmo, se identificam como parte desse processo endógeno. Metamorfose criada por seus próprios desígnios, pois a ordem é a instabilidades em busca de uma estabilidade e, assim, seguir os ciclos para o que ele chama de eterna calma, que sempre estará por vir (SCHUMPETER, 1961).

Assim, existe um elemento endógeno que age ante a ausência de distúrbios ou impulsos externos e destruirá, pelo curso normal de sua existência e sem qualquer distinção, o equilíbrio existente ou em formação.

³ “Historically, the first Kondratieff covered by our material means the industrial revolution, including the protracted process of its absorption. We date it from the eighties of the eighteenth century to 1842. The second stretches over what has been called the age of steam and steel. It runs its course between 1842 and 1897. And the third, the Kondratieff of electricity, chemistry, and motors, we date from 1898 on. These datings do not lack historical justification. Yet they are not only tentative, but also by nature merely approximate”. (SCHUMPETER, 1939, p. 178).

Esse elemento, do ponto de vista descritivo, não pode ser considerado apenas como um simples avanço, pois sua previsão em ciclos revela ondas cíclicas revestidas de progresso, que se compõe de resultados de inovações anteriores que foram impulsionadas por um período de recessão. Portanto, esse novo elemento, para alcançar seu transcurso ao equilíbrio, carrega em si as sequelas e potencialidades, com fins de atingir o seu ponto de equilíbrio. Enquanto isso, a antiga sofre o exaurimento (SCHUMPETER, 2010).

As inovações são dificilmente oriundas de empresas já consolidadas, pelo risco aparente e pela ameaça ao processo já existente, restando apenas a ofensiva ao que é novo, adverso. No entanto, para uma firma sem expressão no mercado, lançar-se a uma inovação em práticas ou técnicas comerciais refletirá um grau de maturidade e coragem extraordinária, mas que se traduziria em possíveis sucessos, que seriam imitados por outras (SCHUMPETER, 2010).

Como asseveram Cavalcanti e Catão (2017, p.186) a teoria da destruição igualmente pode ser aplicada ao antitruste, com a maximização e consequente sucessão de monopólios tendo em vista o bem-estar, logo o investidor precisaria de um potencial de lucro que lhe retribuísse os esforços com uma tecnologia de risco.

Após essa dificuldade, inicia-se o processo de mimetização, uma vez que essas inovações podem sofrer melhorias pelo alcance e adaptação que o mercado exige para uma melhor aceitação. O que se segue é uma onda de prosperidade que elevará os ânimos do mercado (SCHUMPETER, 2010).

As consequências desses saltos de progresso são carregadas de etapas que envolvem os insucessos e as dificuldades próprias da formação dos mesmos, sem se esquecer das dificuldades secundárias que se fazem presentes durante o movimento até o ápice, como possibilidades de fracassos, sempre iminentes (SCHUMPETER, 2010).

Para Lopes (2014), Schumpeter entende que as inovações servem para explicar os períodos da economia, quando analisadas do ponto de vista interno, pois suas explicações levam a relações que envolviam desenvolvimento e inovações em um cenário inconstante, onde o movimento é a regra.

Uma figura importante nesse processo de desenvolvimento da economia é o empresário que assume a dianteira, por ter uma visão a longo prazo. Tudo começa com o empresário produtor que tem em si o cerne do nascedouro das mudanças econômicas, envolvendo-se em um mercado consumidor que às vezes é educado para consumir ou suprir determinada necessidade que sua vontade consumista lhe impõe (SCHUMPETER, 2010).

Moricochi e Gonçalves (1994) comentam que esse empresário de descobertas e inovações materializa-se por intermédio de diversos atos, e Schumpeter cita as principais formas de essas inovações adentrarem a vida econômica dos consumidores, pois a

Função do empresário é reformar ou revolucionar o sistema de produção através do uso de uma invenção ou, de maneira mais geral, de uma nova possibilidade tecnológica para a produção de uma nova mercadoria ou fabricação de uma antiga em forma moderna, através da abertura de novas fontes de suprimento de materiais, novos canais de distribuição, reorganização da indústria, e assim por diante. (SCHUMPETER, 1961, p. 166).

A importância do empresário inovador é ressaltada por Schumpeter como agente ativo no desenvolvimento econômico, no sentido de fomentar o movimento dos ciclos com a inserção de inovações. Logo, o empreendedor possui uma iniciativa otimista para com o mercado.

3. TEORIA DAS INOVAÇÕES DISRUPTIVAS DE CLAYTON CHRISTENSEN

As chamadas inovações de rupturas por não estarem na linha direta dos consumidores, pois outros produtos já consolidados no mercado e oferecidos a custos razoáveis ocupavam esse espaço, restavam apenas mercados emergentes remotos que não ofereciam nenhuma ameaça aos produtos consolidados. Trata-se de componentes específicos, mais simplificados e com atratividades inferiores para os consumidores que não viam inicialmente suas vantagens, ao contrário, o que era oferecido era sempre inferior ao esperado (CHRISTENSEN, 2001).

A teoria das inovações disruptivas tem sua gênese e detalhamento com a publicação do livro *“The Innovator’s Dilemma”* do ano de 1997. De autoria de Clayton Christensen em meados de 1990, para o economista as inovações disruptivas tinham como escopo os novos mercados e modelos de negócio, com o oferecimento de produtos mais úteis e eficientes em comparação com os já existentes. Acirrando, assim, as disputas por consumidores que veem nessas inovações soluções mais viáveis para seus problemas (CÂNDIDO, 2011).

Um conceito aceitável de inovações disruptivas converge absolutamente a um processo de inovação revolucionária, inserindo produtos ou serviços que são reconhecidos por suas qualidades, ou seja, ofertando-se produtos e serviços com melhores rendimentos e performances, com um custo razoavelmente aceitável (SERRANO; BALDANZA, 2017).

Em seguida, Christensen (2001) acrescenta o conceito de “rede de valor”, como sendo a capacidade de uma empresa conseguir identificar as necessidades de seus clientes, por intermédio da detecção de problemas e suas respectivas soluções.

O que acrescenta ao sistema produtivo uma gama de novos insumos e técnicas para trabalhar, levando-se em consideração os seus competidores em uma constante bravata por uma melhor performance, tendo como escopo o lucro almejado (CHRISTENSEN, 2001).

Essas percepções, por sua vez, configuram o retorno que diferentes empresas esperam obter pela busca de inovações incrementais e para longe daquelas de ruptura. Esse padrão de alocação de recursos responde pela liderança consistente das empresas estabelecidas no passado e seus recentes desempenhos desanimadores. (CHRISTENSEN, 2001, p. 35).

Christensen observou que o sucesso ou o fracasso estavam ligados a características específicas e, assim, o economista citou algumas dessas ligadas ao fracasso, a exemplo de investimentos em tecnologias de sustentação, deixando de lado as tecnologias disruptivas; o avanço tecnológico pode ser bem maior que o avanço do mercado e por fim, observando que a opção da tecnologia disruptiva não é feita de maneira racional. (SERRANO; BALDANZA, 2017, p. 40):

Uma característica apontada por pesquisadores da Universidade Católica de Pernambuco diz respeito a coexistências das tecnologias disruptivas, com produtos concorrentes, até que o próprio mercado consumidor suscita novos melhoramentos nos produtos, suprimindo necessidades imediatas. Logo, as inovações disruptivas tomam a vanguarda ao se adequarem prontamente a essas necessidades. Assim, a substituição é inevitável e, antes mesmo que os concorrentes percebam, já se tornaram obsoletos para aquele seguimento de mercado (RODRIGUES; ANDRADE; MONTEIRO, 2018).

Segundo Cândido (2011), Christensen aponta os princípios que norteiam as inovações disruptivas em sua obra *“O Dilema da Inovação”*. É de bom tom analisar esses princípios, para uma melhor compreensão ou dimensão das inovações disruptivas.

Cabe destacar alguns dos princípios das tecnologias de rupturas (CHRISTENSEN, 2001):

- a) As empresas dependem de clientes e investidores para obter recursos;

A tomada de decisões das empresas gira em torno do comportamento de seus clientes, então, enfrentar o dilema de investir em tecnologias de ruptura, que inicialmente possuem uma rejeição substancial no mercado e, até mesmo, entre seus diretores é um desafio. Pois, esses buscam incansavelmente um desenvolvimento melhor de seus produtos e serviços, com vistas aos lucros projetados. Logo, assumir o risco em produtos que mesmo com custo baixo tenha uma aceitação contestável, acaba por levá-los em direções opostas a produtos de rupturas (CHRISTENSEN, 2001).

b) Pequenos mercados não resolvem as necessidades de crescimento de grandes empresas;

Grandes mercados são o alvo das empresas que, por necessidade de crescimento constante, não se lançam a investimentos em mercados menores, mesmo que esses tenham uma expectativa de crescimento acima da média, pois existe a necessidade em manter seus lucros. Portanto, um aumento no volume de suas receitas é requerido, garantindo-se a manutenção das taxas ou o crescimento das mesmas (CHRISTENSEN, 2001).

c) Mercados Que Não Existem Não Podem Ser Analisados;

As tecnologias de ruptura por não possibilitarem uma gama de informações, que possam subsidiar as empresas em seus projetos, inviabilizam esse investimento por parte de empresas que primam pela responsabilidade e previsibilidade no gerenciamento de seus negócios, pois as tecnologias de ruptura não oferecem *a priori*, e de imediato essa segurança que a boa administração requer (CHRISTENSEN, 2001).

d) Fornecimento de Tecnologia Pode Não Se Igualar à Demanda do Mercado.

A proposta das tecnologias de ruptura tem seu valor atrelado a um segmento atual e inovador que busca suprir uma necessidade do consumidor de forma atual, satisfatória e de baixo custo. Assim, essas começam em pequenos mercados, mas aos poucos tendem a liderar pelo dinamismo que oferecem aos consumidores, movidos pela sagacidade do progresso tecnológico (CHRISTENSEN, 2001).

O professor Clayton Christensen no livro “*O dilema da inovação*” comenta que muitas empresas encontraram suas ruínas pelo mesmo fato de conseguirem seu sucesso, ou seja, os instrumentos utilizados que propiciaram o crescimento também condicionam uma retenção das inovações, que podem comprometer o sucesso dessas empresas. Logo, as práticas de administração que as levaram à liderança no mercado também agem como limitadoras da atuação das tecnologias de ruptura, pela insegurança e pelo medo que a ruptura pode proporcionar junto ao mercado consumidor (CHRISTENSEN, 2001).

É simplesmente impossível prever, em qualquer grau útil de precisão, como os produtos de ruptura serão utilizados ou a extensão de seus mercados. Um corolário importante é que, devido ao fato de os mercados para tecnologias de ruptura serem imprevisíveis, as estratégias iniciais das empresas para o ingresso neles também estarão geralmente equivocadas. (CHRISTENSEN, 2012, p. 164).

De sorte que empresas bem estruturadas procuram perceber as necessidades de seus clientes, sempre em busca de melhorias e de um desempenho melhor para seus produtos e serviços, ou seja, adotam uma pauta de tecnologias incrementais, ao passo que as tecnologias de ruptura vão além, elas mudam seu valor no mercado. Inicialmente, essas inovações são tímidas e não despertam para sua importância, frente às consolidadas no mercado, mas por suas características de simplicidade, menor valor e conveniência no uso, acabam por criar emergentes mercados (CHRISTENSEN, 2001).

Serrano e Baldanza (2017) comentam que o modelo de negócio ganha importância crucial na teoria de Christensen como uma estratégia de negócio inovador. A tecnologia

disruptiva e seus efeitos depende muito das decisões gerenciais tomadas na esfera política e cultural, evidenciando seus efeitos impactantes no mercado para uma identidade disruptiva, não obstante o enfoque de que as disruptivas envolvem uma aceitação do que é novo por parte de um nicho já consolidado, em determinado mercado consumidor.

Não obstante, Ferrer e Oliveira (2018) expõem com maestria que as inovações tecnológicas trazem consigo consideráveis avanços, permitindo socialização de hábitos, costumes e tradições.

No entanto, o próprio sistema econômico intensifica alguns fatores negativos pelo não acesso a essas mesmas inovações e tecnologias. O que não nos parece de todo uma novidade, pois consequências sempre advirão quando da introdução de uma nova tecnologia, ainda mais quando o fenômeno da disrupção se apresenta atrelado.

4. A LIVRE-INICIATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

O art. 179, inc. XXIV, da Constituição do Império trazia em seu bojo: “Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria, ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança, e saúde dos cidadãos” (BRASIL, 1824, não paginado).

Do mesmo modo, as que sucederiam a constituição Imperial seguiriam uma linha de prestígio a livre iniciativa gradativamente cada uma a seu modo, como se observa.

A Constituição de 1891, art. 72, § 24:

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 24. É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intellectual e industrial. (BRASIL, 1891, não paginado).

A Constituição de 1934, art. 115, Brasil (1934): “Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos uma existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica” (BRASIL, 1934 não paginado).

A Constituição de 1937, art. 135:

Art 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta. (BRASIL, 1937, não paginado).

A Constituição de 1946, art. 145: “Art 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano” (BRASIL, 1946, não paginado).

A Constituição de 1967, art. 157, inciso I: “Art 157 - A ordem econômica tem, por fim, realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa” (BRASIL, 1967, não paginado).

A Constituição de 1891 referia-se ao livre exercício de profissão moral, intelectual e industrial, enquanto que a de 1934 enfatizava a liberdade econômica. Assim como a de 1937 inaugurava a questão a iniciativa individual. No entanto, apenas na Constituição de 1946

aparece a expressão “liberdade de iniciativa”, que foi seguida pela de 1967 e pela Ementa Constitucional de 1/69 no seu art. 160, I, consagrando como princípio da ordem econômica no direito brasileiro. (TAVARES, 2006).

Na Constituição Federal do Brasil de 1988, art. 1º, inciso IV: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (BRASIL, [2020], não paginado).

Os valores sociais, em especial o da livre-iniciativa e do trabalho são fundamentos do Estado brasileiro, visando a uma harmonia entre empregados e empregadores em uma economia de mercado equilibrada. Regime esse adotado pelo legislador constituinte e consagrado pelo art. 170, indicando os fins da ordem econômica. Portanto, a livre iniciativa apresenta-se como princípio seguro para garantir a participação livre na economia de mercado a qualquer cidadão (MACHADO; FERRAZ, 2015).

O direito à liberdade é materializado nesse princípio que se revela em ações que o agente econômico pode ou não realizar, uma liberalidade estabelecida pelo próprio movimento do mercado e de suas possibilidades de negócios.

4.1 A ORDEM ECONÔMICA E A LIVRE INICIATIVA

De acordo com Grau (2005, p. 201), a livre iniciativa é mencionada pela Constituição Federal de 1988, no art. 1, IV, e também no art. 170, caput, com um conceito que se desdobra em interpretação da própria liberdade. É, portanto, uma possibilidade de resistência e reivindicação da “liberdade individual e liberdade social e econômica”. O professor descreve essa liberdade como sensibilidade e acessibilidade, uma faculdade de “reivindicar alternativas de conduta e de comportamento”.

O princípio da livre iniciativa tem sua gênese, conforme Grau (2005), no édito de Turgot no ano de 1776, consubstanciado no decreto d’Alarde de março de 1791 como exposto no seu art. 7º:

A partir de 1º de abril daquele ano, seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse, sendo, contudo, ela obrigada a se munir previamente de uma ‘patente’ (imposto direto), a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis. (GRAU, 2005, p. 203).

Assim, o professor acrescenta que não tardou para o princípio ser tolhido, com as proibições advindas da Lei Le Chapelier de 17 de junho de 1791. Isso demonstra que o princípio da livre iniciativa econômica não é absoluto (GRAU, 2005).

Para Scaff (2005), o princípio da livre iniciativa econômica insculpido no art. 170 da Constituição Federal de 1988 é corolário de liberdade que possibilita o exercício da atividade econômica em sentido amplo respeitando os ditames legais. Para os trabalhadores, representa a faculdade de se expressar por intermédio de uma escolha, de um exercício livre de profissão e de liberdade para os agentes econômicos de atuar em uma atividade específica que satisfaça seus anseios.

O que envolve uma saudável participação igualitária, em um sistema de concorrências perfeitas, que observe tanto a ordem constitucional com seus objetivos fundamentais quanto aos princípios da ordem econômica, ou seja, “para que possa existir livre concorrência é imperioso que haja isonomia entre os contendores na arena do mercado. A livre concorrência repudia os monopólios, pois eles são sua antítese, sua negação” (SCAFF, 2005, p. 160).

Uma economia em que a livre concorrência é assegurada, pressupõe liberdade para empreender e conduzir a um desenvolvimento que, do ponto de vista prático, pode ser ou não um avanço no aspecto social, mas que terá certamente um impacto econômico.

5. O TRANSPORTE REMUNERADO PRIVADO INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS

Travis Kalanick e Garrett Camp criaram a empresa Uber em 2009, na cidade de São Francisco, EUA. O diferencial evidenciado foi a utilização de um aplicativo móvel que conectou usuários de transporte aos motoristas que ofereciam o serviço de transporte remunerado. Um serviço semelhante ao oferecido pelos taxistas, mas com uma diferença de tecnologia, nominada pelo taxista como serviço de carona paga (SERRANO; BALDANZA, 2017).

O aplicativo UBER disponibiliza uma plataforma tecnológica que permite a comunicação entre motoristas previamente cadastrados e pessoas interessadas em contratá-los para o transporte individual. Os motoristas contratados são ‘empreendedores individuais’, que estão comprometidos ao pagamento de 20% do valor que recebem dos passageiros que utilizaram o serviço. (FERRER; OLIVEIRA, 2018, p. 190).

O que despertou a discussão se o serviço não seria um transporte ilegal de passageiros, beneficiado pela escassa legislação ou quase inexistente, fomentando uma concorrência ilegal, e levou os tribunais superiores a um posicionamento, para dirimir as controvérsias infundáveis que envolviam essa inovação (SERRANO; BALDANZA, 2017).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal consolidou a jurisprudência nos termos em que “a proibição ou restrição da atividade de transporte por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência”. Destacando-se a competência municipal em relação à matéria rechaçando a interferência de lei municipal em contrariar dispositivos de lei federal e a própria Carta Maior (CONSULTOR JURÍDICO, 2020).

Conforme a decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal, relator Ministro Luiz Fux na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 449 Distrito Federal:

DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E REGULATÓRIO. PROIBIÇÃO DO LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS. INCONSTITUCIONALIDADE. ESTATUTO CONSTITUCIONAL DAS LIBERDADES. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIVRE INICIATIVA E DO VALOR SOCIAL DO TRABALHO (ART. 1º, IV), DA LIBERDADE PROFISSIONAL (ART. 5º, XIII), DA LIVRE CONCORRÊNCIA (ART. 170, CAPUT), DA DEFESA DO CONSUMIDOR (ART. 170, V) E DA BUSCA PELO PLENO EMPREGO (ART. 170, VIII). IMPOSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO DE RESTRIÇÕES DE ENTRADA EM MERCADOS. MEDIDA DESPROPORCIONAL. NECESSIDADE DE REVISÃO JUDICIAL. MECANISMOS DE FREIOS E CONTRAPESOS. ADPF JULGADA PROCEDENTE. (BRASIL, 2019, p. 2).

Esses valores orientam a ordem constitucional e infraconstitucional econômica, assim, os princípios norteiam a atuação do mercado. Com ênfase para o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, derivado da soberania econômica estatal, que permite ao Estado impor condutas gerais que devam ser observadas por todos os agentes econômicos. Logo, a competitividade dos mercados econômicos e financeiros são orientados e regulados pelos ditames constitucionais (MACHADO; FERRAZ, 2015, p. 911).

Schumpeter defende um Estado não interventor, deixando ao mercado a incumbência de regulamentar e conduzir os desígnios por meio da concorrência, no entanto, no modelo

brasileiro existe uma parcela de liberdade que é conduzida pelos ditames constitucionais, ou seja, o estado brasileiro não adotou a teoria do economista.

6. A INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA

Conforme assenta o voto do ilustre Min. Luís Alberto Barroso, a livre iniciativa pode ser mitigada, visto que não se trata de um princípio absoluto, desde que não afete os agentes econômicos em seu direito de empreender, de inovar e competir. Restringindo-se em nome de outros valores constitucionais que visem corrigir falhas no mercado que possam colocar em risco a integridade dos consumidores (BRASIL, 2019).

O Supremo Tribunal Federal confirma a força normativa dos preceitos constitucionais econômicos em julgamento que envolveu a possibilidade de mitigação do princípio da livre iniciativa e da livre concorrência. O Brasil, com uma sociedade complexa e uma atividade econômica cada vez mais integrada, é celeiro de conflitos oriundos da atividade econômica hodierna, e requer uma norma jurídica adequada para dirimir tais conflitos, destacando-se os princípios constitucionais de ordem econômica e financeira (MACHADO; FERRAZ, 2015).

O que reafirma a hermenêutica do eminente Relator Min. Luis Roberto Barroso no Recurso Extraordinário nº 1.054.110, em sede de análise de repercussão geral em 22 de setembro de 2017.

Ocorre que o princípio da livre iniciativa não tem caráter absoluto. A ordem econômica constitucional é igualmente orientada pelos princípios da proteção do consumidor e da livre concorrência. Esses princípios legitimam intervenções estatais na economia para correção de falhas de mercado, seja para tutelar direitos do consumidor, seja para preservar condições de igualdade de concorrência. (BRASIL, 2017, p. 6).

Outrossim, ensina Alexy (2008, p. 177) a respeito da restrição da liberdade:

A liberdade jurídica consiste na faculdade jurídica de fazer e deixar de fazer o que se deseja. Ela é restringida por toda norma proibitiva ou mandatória. Quanto mais se ordena ou se proíbe, tanto menor é a liberdade jurídica. O princípio da liberdade jurídica exige uma situação de disciplina jurídica na qual se ordena e se proíbe o mínimo, possível. Sua realização máxima é uma situação na qual nada é juridicamente proibido ou ordenado, ou seja, na qual tudo é juridicamente permitido. Que uma tal situação não é desejável é algo sobre o qual é fácil obter um consenso. A polêmica surge quando se trata de definir o que e quanto se deve ordenar e proibir.

Para Friedman (2019, p. 32), as liberdades dos homens em algum momento podem se conflitar, é nesse momento que existe a necessidade de mitigar para preservar,

[...] como está ilustrado por uma frase de um juiz da Suprema Corte de Justiça: Minha liberdade de mover meu punho deve ser limitada pela proximidade de seu queixo [...]. O professor expõe uma realidade que deve ser dirimida pelos governos de uma melhor forma possível, a fim de que todos tenham seus direitos garantidos.

Logo, o Estado deve atuar sempre que necessário na defesa do consumidor, protegendo o mais fraco, contra o mais forte, garantindo um mercado competitivo (FERRER; MOLLICA, 2017).

Ressalta ainda a atuação do Estado para garantia da livre concorrência, por intermédio de uma regulação, sempre que existir inconformidades com os ditames e regramentos afins. Portanto, sempre que os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência estiverem

ameaçados, o Estado tem o dever de intervir para manter o equilíbrio econômico (FERRER; MOLLICA, 2017).

O desenvolvimento é o que se espera de qualquer economia, ou seja, um desenvolvimento sustentável, do contrário, surge uma ameaça a integridade do equilíbrio econômico, o que autoriza o acionamento do aparato estatal, para os devidos controles e correções.

5.1 AS CONSEQUÊNCIAS DIRETAS DA MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA, CONFORME O ECONOMISTA SCHUMPETER

A restrição à liberdade de iniciativa foi uma das preocupações dos estudos de Tavares (2006), afirmando que desde a positivação da mesma, nem sua declaração ou admissão foi posta em termos absolutos.

A garantia da realização da justiça social e do bem-estar coletivo são claramente indicativos de que condicionantes devem existir a essa liberdade, no entanto, o parágrafo único do art. 170 não deixa dúvidas ao estabelecer que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica”, ou seja, uma liberdade adstrita ao desenvolvimento econômico (TAVARES, 2006, p. 242).

Nesse sentido, a liberdade privada em dedicar-se a uma determinada atividade econômica significa tão-somente liberdade de desenvolvimento dessa atividade no quadro estabelecido pelo poder Público, dentro dos limites normativamente impostos a essa liberdade. E esse é o motivo pelo qual se pode afirmar validamente que a liberdade de iniciativa se exerce dentro dos parâmetros em que há de ser reconhecida [...]. (TAVARES, 2006, p. 242).

Como a economia compartilha na vanguarda do desenvolvimento econômico, as explicações que antes socorreram os mercados de táxis não se sustentam mais. Conforme teoria do inglês Artur Pingou (a regulação de entrada no mercado seria justificada pela necessidade de filtragem dos novos entrantes, por parte do governo, a fim de assegurar que consumidores adquirem produtos e serviços de qualidade” (BRASIL, 2019, p. 45).

Na teoria do economista Schumpeter, qualquer intervenção que venha alterar os ciclos de desenvolvimento econômicos, mostra-se nociva.

O economista aduz que o desenvolvimento econômico ocorre como um fenômeno distinto, seguindo um fluxo que tende ao equilíbrio, o questionamento evidenciado gira em torno de uma possível intervenção que possa retardar esse equilíbrio, e suas possíveis consequências.

O desenvolvimento, no sentido em que o tomamos, é um fenômeno distinto, inteiramente estranho ao que pode ser observado no fluxo circular ou na tendência para o equilíbrio. É uma mudança espontânea e descontínua nos canais do fluxo, perturbação do equilíbrio, que altera e desloca para sempre o estado de equilíbrio previamente existente. (SCHUMPETER, 1997, p. 75).

Uma das consequências diretas da mitigação do princípio da livre iniciativa recai sobre a pessoa do empreendedor, que ao ter sua atividade tolhida pelo poder público inviabilizaria a permanência da manutenção de sua inovação, visto que inicialmente os custos das inovações são arcados inteiramente pelo empreendedor,

Schumpeter (1997, p. 83) tem uma visão de que o empreendedor é o único capaz de combinar as forças técnicas e científicas, para obter um produto ou serviço inovador que revolucionará o mercado. O economista aduz que “Ele é essencialmente um fenômeno do

desenvolvimento, embora apenas quando nenhuma autoridade central dirige o processo social. Ele torna possível a realização de novas combinações [...]”.

Outra consequência imediata diz respeito ao acesso aos consumidores dos produtos ou serviços representados pelas inovações, que na teoria de Schumpeter viria por ciclos representados por ondas que iriam do crescimento, até a depressão em constante ciclo.

Portanto, em última análise, ao mitigar a livre iniciativa barraria o fluxo normal dos ciclos, retardando um possível equilíbrio natural do sistema econômico, evidenciando o aumento de preços, desemprego e insegurança no mercado consumidor.

Assim, como exemplo, foi exposto a possibilidade de negação dos indivíduos ao direito de mobilidade, uma consequência indireta no caso em tela da mitigação do princípio da livre iniciativa.

A repressão legislativa às iniciativas modernas de ordenamento espontâneo do transporte nega ‘ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente’, contrariando o mandamento contido no art. 144, § 10, I, da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional nº 82/2014. Desconsidera o potencial impacto positivo das novas tecnologias no trânsito, na demanda por vagas de estacionamento em grandes centros e no número de acidentes automobilísticos por uso de álcool, sem contar os inúmeros e já detalhados benefícios aos consumidores. Ignora, igualmente, medidas alternativas e recorrentemente apontadas por especialistas para o enfrentamento de problemas de mobilidade e urbanísticos, as quais, por serem isonômicas, não resultam em restrição arbitrária às liberdades constitucionais de iniciativa (art. 1º, IV, e 170) e profissional (art. 5º, XIII). Por isso mesmo, a norma proibitiva ora impugnada carece de fundamentação racional. (BRASIL, 2019, p. 41).

O desenvolvimento capitalista, em sua marcha normal, apresenta-nos a disrupção, um indicador de mudanças, que normalmente assusta os agentes tradicionais de mercado, sejam pela inserção de uma inovação ou em atuarem em uma fatia de mercado ainda não regulamentado, o que fomentaria uma tentativa de regulamentação restritiva, como salvaguarda (BRASIL, 2019).

Sen (2010), em seu magistério econômico, adverte sobre o desenvolvimento como liberdade.

Se a liberdade é o que o desenvolvimento promove, então existe um argumento fundamental em favor da concentração nesse objetivo abrangente, e não em algum meio específico ou em alguma lista de instrumentos escolhida. Ver o desenvolvimento como expansão de liberdades substantivas dirige a atenção para os fins que o tornam importante, em vez de restringi-la a alguns dos meios que, *inter alia* desempenham um papel relevante no processo. (SEM, 2010, p. 16).

Para Schumpeter, uma condição para o equilíbrio completo do mercado dependeria totalmente da existência de uma livre concorrência em todo os ramos de produção. O economista ressalta que o medo do desemprego é um prenúncio a um período de recessão, por causa da falta de previsão de sua ocorrência (SCHUMPETER, 1997).

A teoria dos ciclos econômicos possibilita a visualização da gênese boom que tem como marco as movimentações oriundas das inovações, rompendo assim, com o fluxo circular, chegando ao seu exaurimento. Não obstante, a crise é percebida e ganha contornos de depressão, agregando as inovações mais eficientes. Schumpeter chama esse movimento de “duração efetiva do ciclo”. (SCHUMPETER, 1997, p. 202).

A noção de desenvolvimento econômico exposta por Schumpeter (1997) é um processo endógeno, com uma iniciativa própria, logo as mudanças externas não teriam o condão de

alterar a econômica. No entanto, antes de uma inovação, uma necessidade é observada de forma espontânea, com toda uma adaptação da nova perspectiva de produção.

Assim, o produtor tem em si a perspectiva de mudanças econômicas, e os consumidores são levados a consumir por um desejo de coisas novas impulsionadas pelo mesmo. Logo, as novas combinações são a face do desenvolvimento por intermédio da introdução de um novo bem, um novo método de produção, a abertura de um novo mercado, a conquista de uma nova fonte de matéria-prima e, por fim, o estabelecimento de uma nova organização (SCHUMPETER, 1997).

Novamente a liberdade é prestigiada por Schumpeter por força das inovações. Portanto, mitigar a livre iniciativa, em uma perspectiva de Schumpeter, seria tolher as inovações. Insta enaltecer o magistério de Tavares (2006), quando expõe que a liberdade deve ser prestigiada, pois a liberdade de iniciativa não é aquém à liberdade individual, uma vez que ambas estão ligadas por um ideal de justiça social a ser alcançado.

Por fim, resta-nos apenas acrescentar as palavras de Sen (2010, p. 25), “as liberdades não são apenas os fins primordiais do desenvolvimento, mas também os meios principais.”

A liberdade de iniciativa e a livre concorrência trazem consigo um ideal de democracia, onde se pode escolher em qual ramo deve empreender ou não, uma opção conquistada pelos ditames da dignidade da pessoa humana, em toda sua plenitude e garantida pela própria condição de ser humano.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Supremo Tribunal Federal julgou ao ADPF 449 e RE 1.054.110, cujos autores foram respectivamente o partido político (PSL) e a Confederação Nacional de Serviços, com o intuito de resolver sobre a proibição da restrição da atividade de transporte por motorista cadastrado em aplicativo, ferindo assim os princípios da livre iniciativa e livre concorrência.

Diante da perspectiva de uma possível decisão que mitigasse o princípio da livre iniciativa surgiu o tema desta pesquisa “As principais consequências imediatas da mitigação do princípio da livre iniciativa para as inovações disruptivas: uma leitura da teoria da destruição criadora de Joseph A. Schumpeter”.

Nesse sentido, o objetivo geral da pesquisa foi identificar quais as consequências imediatas sofridas pelo mercado com a intervenção do Estado, frente às inovações disruptivas, em uma perspectiva schumpeteriana.

O objetivo geral da pesquisa foi atendido, porque efetivamente foi observado que ao mitigar o princípio da livre iniciativa, o Estado mitigará a iniciativa dos empreendedores, e para Schumpeter o empreendedor é o único capaz de combinar as forças técnicas e científicas para obter um produto ou serviço inovador que revolucionará o mercado. Outra consequência imediata diz respeito ao acesso aos consumidores dos produtos ou serviços representados pelas inovações.

Assim, em última análise, o fluxo normal dos ciclos seria retardado por uma consequência indireta, dificultando o equilíbrio natural do sistema econômico, evidenciando o aumento de preços, desemprego e insegurança no mercado consumidor.

Por fim, em relação do caso dos motoristas de aplicativos a restrição ao direito de mobilidade, consequência indireta no caso em tela de uma possível mitigação do princípio da livre iniciativa.

Não obstante, a liberdade é prestigiada por Schumpeter por força das inovações. Ou seja, mitigar a livre iniciativa seria tolher fatalmente as inovações.

Os objetivos específicos, de igual modo, foram atingidos com a apresentação da teoria de Schumpeter, bem como a conceituação dos ciclos econômicos das inovações e da destruição criadora; definindo ainda a teoria das inovações disruptivas; e por fim, uma análise da relação entre a mitigação do princípio da livre iniciativa e as inovações disruptivas frente à teoria de Schumpeter;

Uma hipótese exposta no início do trabalho entendia que com a mitigação do princípio da livre iniciativa ocorreria uma diminuição de postos de trabalho, devido ao retardamento da evolução e desenvolvimento normal do mercado frente à intervenção excessiva, com a consequente diminuição da concorrência.

Com isso, feito o teste da hipótese em análise, a mesma restou confirmada de uma forma indireta. Assim, o problema de pesquisa consistiu em saber: Quais as consequências imediatas da mitigação do princípio da livre iniciativa para as inovações disruptivas?

O problema foi respondido, em relação à existência de consequências diretas e indiretas em uma óptica da teoria de Schumpeter, que se mostram como o desestímulo ao empreendedorismo na pessoa do empresário, a restrição ao acesso a produtos e serviços mais adequados aos consumidores, e uma restrição à própria mobilidade em relação ao caso específico em tela.

A realização desta pesquisa considerou necessário fazer uso de uma metodologia que envolveu uma pesquisa básica estratégica, descritiva, com método hipotético-dedutivo e procedimentos bibliográficos e documentais. A metodologia também confirmou que o conhecimento das diversas etapas do trabalho de pesquisa, especialmente os conceitos da própria linguagem científica, facilitou o entendimento e o encadeamento para a redação do texto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil de 1924**. Rio de Janeiro: Conselho de Estado, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao024.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Congresso Constituinte, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao091.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao034.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao037.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Rio de Janeiro: Assembleia Constituinte, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 449 – DF**. Atividade de transporte individual de passageiros. Inconstitucionalidade. Estatuto constitucional das liberdades. Princípios constitucionais da livre iniciativa e do valor social do trabalho. Requete: Partido Social Liberal. Intimado: Câmara Municipal de Fortaleza. Relator: Min. Luiz Fux, 8 de maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.054.110 - SP**. Direito constitucional. Recurso extraordinário. Proibição do uso de carros particulares para o transporte remunerado individual de pessoas. Presença de repercussão geral. Recorrente: Câmara Municipal de São Paulo. Recorrido: Confederação Nacional de Serviços - CNS. Relator: Min. Roberto Barroso, 26 de setembro de 2017.

CÂNDIDO, Ana Clara. **Inovação disruptiva**: reflexões sobre as suas características e implicações no mercado. Lisboa: IET, 2011. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/6912/1/WPSeries_05_2011ACC%C3%A2ndido-1.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

CAVALCA, Rafaella Botelho *et al.* A relação entre ciclos econômicos com o desempenho das empresas no mercado brasileiro. **Revista Brasileira de Economia de Empresas**, Brasília, DF, v. 17, n. 1, p. 21-37, 2017. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rbee/article/view/7096>. Acesso em: 19 nov. 2021.

CAVALCANTI, Mariana Oliveira de Melo; CATÃO, Adrualdo de Lima. (Auto) regulação do mercado, direito concorrencial e análise econômica do direito: é possível uma concorrência perfeita? **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 8, n. 1, p. 179-196, 20 set. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/419>. Acesso em: 4 nov. 2021.

CHRISTENSEN, Clayton M. **O dilema da Inovação**. Tradução Edna Emi Onoe Veiga. São Paulo: Makron Books, 2001.

CHRISTENSEN, Clayton M. O dilema da Inovação: quando as novas tecnologias levam empresas ao fracasso. São Paulo: Makron Books do Brasil, 2012.

CONSULTOR JURÍDICO. Uber é legal. **Anuário da Justiça Brasil**, São Paulo, p. 36, 2020.

COSTA, Odorico de Moraes Eloy da. **Desenvolvimento na perspectiva estruturalista e neo-schumpeteriana**: a inovação como elemento de convergência. Fortaleza: Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará, 2011. Disponível em: https://www.ipece.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/45/2014/02/TD_96.pdf. Acesso em: 15 nov. 2021.

DIEHL, Willian. **Influência dos ciclos econômicos no gerenciamento de resultados**: um estudo em instituições financeiras. 2020. 79 f. Dissertação (Mestrado em Controladoria e Contabilidade) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/207123>. Acesso em: 12 nov. 2021.

FERRER, Catharina Martinez; MOLLICA, Rogerio. Direito de Concorrência de Uber. **Revista Argumentum**, Marília, v. 18, n. 3, p. 779-797, set./dez. 2017. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/508/251>. Acesso em: 24 nov. 2021.

FERRER, Walkiria Martinez Heinrich; OLIVEIRA, Lourival José de. Uberização do trabalho sob a ótica do conceito de subordinação estrutural. **Revista Direito UFMS**, Campo Grande, v. 4, n. 1, p. 177-194, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/5574>. Acesso em: 15 nov. 2021.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. São Paulo: LTC, 2019.

GRAU, Eros Roberto. Interpretação Crítica da Ordem Econômica na Constituição de 1988. In: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. cap. 5. p. 190-214.

LOPES, Herton Castiglioni. A inovação no Brasil a partir dos anos 2000: um alerta a partir da teoria neoschumpeteriana. **Revista Economia & Tecnologia**, Curitiba, v. 10, n. 4, p. 51-60, out./dez. 2014.

MACHADO, Costa; FERRAZ, Anna Candida da Cunha (org.). **Constituição federal interpretada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 6. ed. Barueri: Manole, 2015.

MORICOCCHI, Luiz; GONÇALVES, José Sidnei. Teoria do desenvolvimento econômico de Schumpeter: uma revisão crítica. **Informações Econômicas**, São Paulo, v. 24, n. 8, p. 27-35, ago. 1994. Disponível em: <http://www.iea.sp.gov.br/out/LerTexto.php?codTexto=1379>. Acesso em: 14 nov. 2021.

MOTA, Renato Henrique Gurgel. **A influência dos ciclos econômicos no gerenciamento de resultados contábeis**. 2018. 223 f. Tese (Doutorado em Ciências Contábeis) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/31957>. Acesso em: 10 nov. 2021.

NEUTZLING, Daiane Mülling; PEDROZO, Eugenio Avila. Reinterpretação da destruição criadora de schumpeter pela ótica da complexidade, estruturas dissipativas e rizoma. **Inter Science Place**, Porto Alegre, v. 2, n. 6, p. 1-18, mar. 2009. Disponível em: https://www.academia.edu/5077761/Ano_2_N_o_06_Mar%C3%A7o_2009_1_REINTERPRETA%C3%87%C3%83O_DA_DESTRUI%C3%87%C3%83O_CRIADORA_DE_SCHUMPETER_PELA_%C3%93TICA_DA_COMPLEXIDADE_ESTRUTURAS DISSIPATIVAS E RIZOMA_Daiane_M%C3%BClling

Neutzling_Graduada_em_Ci%C3%A7ncias_Econ%C3%B4micas_UCPEL_Mestranda_em_Agroneg%C3%B3cios_CEPAN_UFRGS_daianeneutzling_at_yahoo_com_br Acesso em: 15 nov. 2021.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Lucro, acumulação e crise**: a tendência declinante da taxa de lucro reexaminada. Brasil: Brasiliense. São Paulo: Brasiliense, 1986.

RODRIGUES, Guilherme Mendes; ANDRADE, Maria Eduarda Alves de; MONTEIRO, Maria Carolina Maia. A Inovação disruptiva nas empresas do porto digital: o caso da *in loco*. In: CONGRESSO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO NA REGIÃO NORDESTE, 20., 2018, Juazeiro. **Anais** [...]. Juazeiro: Intercom, 2018. Disponível em: <https://docplayer.com.br/123024742-A-inovacao-disruptiva-nas-empresas-do-porto-digital-o-caso-da-in-loco-1-guilherme-mendes-rodrigues-2-maria-carolina-maia-monteiro-4.html>. Acesso em: 12 nov. 2021.

SANTOS, Adriana B. A. dos; FAZION, Cíntia B.; MEROE, Giuliano P. S de. Inovação: um estudo sobre a evolução do conceito de Schumpeter. **Cadernos de Administração**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 1-16, 2011. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/caadm/article/view/9014>. Acesso em: 3 nov. 2021.

SCAFF, Fernando Fecury. Efeitos da coisa julgada em matéria tributária e livre-concorrência. **Cadernos da Escola de Direito**, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 155-177, jan./dez. 2005. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2523>. Acesso em: 31 nov. 2021.

SCHUMPETER, Joseph A. A instabilidade do capitalismo. In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Clássicos de literatura econômica**: textos selecionados de macroeconomia. 3. ed. Brasília, DF: Ipea, 2010. p. 9-38. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/livro_classicosdeLiteratura.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Business cycles**: a theoretical, historical and statistical analysis of the capitalist process. New York: McGraw-Hill Book Company, 1939.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do desenvolvimento econômico**. São Paulo: Abril Cultural, 1982. (Série Os economistas).

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do desenvolvimento econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Tradução Maria Sílvia Possas. São Paulo: Nova Cultural, 1997. Disponível em: https://www.ufjf.br/oliveira_junior/files/2009/06/s_Schumpeter_-_Teoria_do_Developolvimento_Econ%C3%B4mico_-_Uma_Investiga%C3%A7%C3%A3o_sobre_Lucros_Capital_Cr%C3%A9dito_Juro_e_Ciclo_Econ%C3%B4mico.pdf. Acesso em: 15 nov. 2021.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Lauro Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SERRANO, Paulo Henrique Souto Maior; BALDANZA, Renata Francisco. Tecnologias disruptivas: o caso do Uber Disruptive Technologies: the Uber case. **Revista Pensamento Contemporâneo em Administração**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 5, p. 37-48, out./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/pca/article/view/11319>. Acesso em: 14 nov. 2021.

TAVARES, André Ramos. Parte III: livre iniciativa e livre concorrência no Brasil. In: TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2006. p. 237-276.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

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

ANÁLISE DOS DISCURSOS DAS PROPOSTAS
LEGISLATIVAS DE ALTERAÇÃO DA POLÍTICA
NACIONAL DO SANEAMENTO BÁSICO

DAVID BARBOSA DE OLIVEIRA

ANÁLISE DOS DISCURSOS DAS PROPOSTAS LEGISLATIVAS DE ALTERAÇÃO DA POLÍTICA NACIONAL DO SANEAMENTO BÁSICO

ANALYSIS OF DISCOURSES OF THE LEGISLATIVE PROPOSALS TO AMEND THE NATIONAL POLICY ON BASIC SANITATION

Recebido: 11/05/2021
Aprovado: 02/01/2023

David Barbosa de Oliveira¹

RESUMO:

Propôs-se analisar os discursos proferidos por dois Deputados Federais e dois Senadores que foram favoráveis às alterações impostas pela Lei nº 14.026/2020 na Política Nacional de Saneamento Básico. Adotou-se a Análise de Discurso Crítica, proposta por Fairclough, em diálogo com o pensamento de Dardot e Laval, Harvey e Brown com o objetivo de identificar as representações constituídas e as ideologias que permearam os discursos desses parlamentares, em prol da ampliação do número de empresas privadas na prestação dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Os achados dão conta que nos discursos analisados foram construídas representações ideológicas neoliberais com objetivo de desqualificar as Companhias Estaduais, silenciando a importância dessas instituições públicas na ampliação e provisão dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, no Brasil.

Palavras-chave: Linguagem (ADC). Política pública. Saneamento. Sociologia Econômica.

ABSTRACT:

It is proposed to analyze the speeches given by two Federal Deputies and two Senators who were in favor of the changes imposed by Law No. 14.026/2020 in the National Policy of Basic Sanitation. We adopted the Critical Discourse Analysis, proposed by Fairclough, in dialogue with the thought of Dardot and Laval, Harvey and Brown in order to identify the representations and ideologies that permeated the speeches of these parliamentarians in favor of the expansion of private companies in the provision of water supply and sanitation services. The findings show that in the analyzed speeches neoliberal ideological representations were constructed with the purpose of disqualifying the State Companies, silencing the importance of these public institutions in the expansion and provision of public services of water supply and sanitary sewage in Brazil.

Keywords: Language (ADC). Public policy. Sanitation. Economic Sociology.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2015). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (2011). Especialista em Filosofia Moderna do Direito pela Universidade Estadual do Ceará (2006). Vencedor do Concurso público Prêmio Economia Criativa do Ministério da Cultura por sua dissertação de mestrado (2012). Professor Adjunto da Faculdade de Economia, Administração, Atuária e Contabilidade da Universidade Federal do Ceará. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Vice-presidente (2019-2021) e Membro da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito (ABRASD). Líder do Grupo de Estudos de Discurso, Identidade e Prática Social (GEDIP-UFC). Foi colaborador do Programa de Pós-graduação em Sociologia da Universidade Estadual do Ceará (2016-2020). Foi colaborador do Programa de Pós-graduação em Políticas Públicas da Universidade Estadual do Ceará (2018-2022). Foi membro da Associação Latino Americana de Estudos do Discurso (ALED). Foi membro do International Sociological Association (ISA). Desenvolveu pesquisa com fomento do CNPq (Universal) sobre Mídia, Direito e direcionamentos ideológicos (2018-2021). Atualmente desenvolve pesquisa (CNPq - Universal) sobre "Mídias alternativas da nova direita e poderes constituídos: representações discursivas sobre democracia e independência entre poderes" (2021-2024). E-mail: david.oliveira@ufc.br

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.445, publicada em 2007, instituiu a Política Nacional do Saneamento Básico (BRASIL, 2007), doravante denominada PNSB, foi alterada estruturalmente em 2020, com a aprovação e sanção do PL nº 4.162/2019 (BRASIL, 2019a). Entretanto, os debates sobre a forma de prestação dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, ser pública ou privada, teve início, ainda no Governo Temer, em 2018; continuou, em 2019, no Congresso Nacional e culminou com a sanção presidencial em 2020, do PL nº 4.162/2019 que foi convertido na Lei nº 14.026/2020.

Os discursos proferidos, ao longo dos trabalhos legislativos, desta proposta de lei, ficaram resumidos a dois polos: os que eram favoráveis e os que não eram favoráveis às mudanças na PNSB. Tais posicionamentos possibilitaram suscitar as seguintes questões: (a) Como foram representadas as Companhias Estaduais de Saneamento Básico e as empresas privadas pelos grupos favoráveis à mudança na PNSB? (b) Quais ideologias permearam os discursos desses grupos?

Para responder esses questionamentos este estudo se apoiou na Análise de Discurso Crítica (ADC), proposta por Fairclough (2019, 2003), em diálogo com as abordagens de Dardot e Laval (2016), de Harvey (2014, 2016) e de Brown (2015, 2019), com o objetivo de identificar as representações e ideologias sustentadas pelos parlamentares que se mostraram favoráveis às alterações da Lei nº 11.445/2007. O *corpus* de análise foi construído a partir dos discursos de quatro parlamentares que atuaram a favor das propostas para alterar a PNSB. As entrevistas selecionadas encontram-se descritas no Quadro 1 abaixo:

Quadro 1: Rol de entrevistas analisadas

PARLAMENTAR	DATA	Mídia/Link
Deputado federal KIM KATAGUIRI – DEM-SP	12/08/2019	Live postada no <i>YouTube</i> https://www.youtube.com/watch?v=iapolSAPBzY
Deputado federal GENINHO ZULIANI – DEM-SP	22/10/2019	Jornal Gazeta. Entrevista concedida à jornalista Denise Campos de Toledo https://www.youtube.com/watch?v=1w1adPvphxs
Senador DAVID ALCOLUMBRE	24/06/2020	TV SENADO. Entrevista concedida à repórter Aline Guedes https://www.youtube.com/watch?v=JfwMpezNtxE
Senador TASSO JEREISSATI – PSDB-CE	02/07/2020	O UOL Entrevista. Entrevista conduzida pela colunista Thaís Oyama e pelo repórter Antonio Temóteo. https://www.youtube.com/watch?v=iKZYm8lvVIs

Fonte: *YouTube* (2019-2020), elaborado pelos autores (2021)

O deputado federal Kim Kataguiiri, eleito pelo partido Democratas do Estado de São Paulo – DEM-SP, publicou uma *live* com o título “Cocô dia sim, dia não: o problema do saneamento básico!” (KATAGUIRI, 2019). E, Geninho Zuliani, deputado federal também do DEM-SP, foi entrevistado pela jornalista Denise Campos de Toledo em 22 de outubro de 2019 (TOLEDO, 2019). O título da entrevista consiste em: “Entrevista com Geninho Zuliani, deputado federal (DEM-SP), sobre o novo marco do saneamento básico”. O número de visualizações dos dois vídeos em 16 de janeiro de 2021 foi de 25.086 e 743, respectivamente.

O senador Davi Alcolumbre, na época, Presidente do Senado, concedeu uma entrevista à repórter Aline Guedes, momentos depois da sessão no Senado que aprovou a PL nº 4.162/2019,

cujo título da postagem consistia em “Entrevista - Davi Alcolumbre fala sobre marco regulatório para o saneamento básico - 24/06/20” (GUEDES, 2020). E o, também, senador Tasso Jereissati – PSDB-CE, relator da PL 4.162/2019 no Senado, foi entrevistado por Taís e Antônio, em 2 de julho de 2020, no UOL Entrevista, sob o título “Nova lei do saneamento: Tasso Jereissati, relator do projeto, explica o tema no UOL entrevista” (YOAMA, TEMÓTEO, 2020). Respectivamente, as entrevistas receberam 1.299 e 1.750 visualizações em 16 de janeiro de 2021.

Este trabalho compreende três seções: a primeira, apresentará o contexto do saneamento básico no Brasil, a sua conjuntura, os défices na prestação dos serviços e as metas de universalização previstas no PLANSAB; a segunda, destinada a apresentar as análises; e a terceira e última seção, explanará sobre as considerações finais.

2. CONJUNTURA DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

A Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007) estabelece a Política Nacional de Saneamento Básico. Em seu art. 3º, conceitua saneamento básico como sendo o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água (captação, tratamento e distribuição), de esgotamento sanitário (coleta, transporte, tratamento e disposição final), de limpeza urbana, de manejo dos resíduos sólidos (coleta, transporte, transbordo, tratamento e destinação final), de drenagem e de manejo das águas pluviais urbanas.

Neste artigo, dar-se-á maior enfoque a dois desses serviços: o abastecimento de água e a coleta de esgoto. Estes serviços são monopólios naturais (BASSO, SILVA, 2000; HELLER, 2013), geram externalidades sobre o meio ambiente e, conseqüentemente, sobre as condições de saúde dos indivíduos.

Vários estudos revelam que o saneamento básico influencia a saúde dos indivíduos (INSTITUTO TRATA BRASIL, 2018; HELLER, 2013). Desta forma, as condições inadequadas dos serviços de saneamento básico contribuirão para a contaminação dos mananciais, dos cursos de água e dos solos, assim como para o assoreamento dos rios e ocorrência de inundações. E tais condições, como se observam, promovem o desequilíbrio ambiental, afetando a flora e a fauna, e criam ambientes propícios à propagação de diversas doenças.

Dentre os princípios instituídos na Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007), encontra-se o princípio da universalização dos serviços (art. 2º, II). Isso implica afirmar que o legislador impôs ao Poder Público o dever de buscar e garantir à população o acesso ao abastecimento de água de qualidade e em quantidades suficientes às suas necessidades, à coleta, ao tratamento adequado do esgoto e do lixo, ao manejo correto das águas das chuvas (BRASIL, 2007; FREIRE, 2017). A mesma lei outorgou competências à formulação da Política Nacional do Saneamento Básico ao Governo Federal e à titularidade, à gestão e à prestação dos serviços de saneamento básico – quando se tratar de interesse local, a competência é dos municípios; no caso de interesses em comum, a competência é dos estados – nas regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, conforme previsto no art. 8º, I, II e incisos da Lei 11.445/2007 (BRASIL, 2007).

Esta lei também determinou a elaboração do Plano Nacional de Saneamento Básico – PLANSAB (BRASIL, 2019c). Este consiste no planejamento integrado do saneamento básico e possui o horizonte de 20 anos (2014 a 2033) e sugere estratégias que orientam a atuação dos agentes do setor, em especial a do Governo Federal. Dentre as disposições estabelecidas no plano nacional, encontra-se a meta, de longo prazo, da universalização dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, conforme descrito no Quadro 1 a seguir:

Quadro 1: Abastecimento de água potável e esgotamento sanitário no país e macrorregiões: metas de longo prazo (2033) PLANSAB (BRASIL, 2019c)

Indicador	Ano	Brasil	N	NE	SE	S	CO
% de domicílios urbanos e rurais abastecidos com água por rede de distribuição ou por poço ou nascente	2033	99,0	94,0	97,0	100,0	100,0	100,0
% de domicílios urbanos e rurais servidos por rede coletora ou fossa séptica para os excretas ou esgotos sanitários	2033	93,0	86,0	89,0	98,0	96,0	92,0

Fonte: BRASIL (2019c) elaborado pelos autores.

No quadro acima, em percentuais, estão os indicadores de abastecimento de água e de esgotamento sanitário (urbano e rural). O termo final para atingir a meta de universalização de longo prazo, bem como os percentuais a serem atingidos, no Brasil e nas cinco regiões do país, é até o ano de 2033.

Tradicionalmente, o financiamento público é o provedor de investimento para o setor de saneamento (SANTOS *et al.*, 2020; BRASIL, 2019a, BORJA, 2014). Entretanto, para o cumprimento dessas metas, será necessário um maior volume de investimento, por parte dos governos (municipais, estaduais e nacional) em projetos efetivos de melhorias no setor (INSTITUTO TRATA BRASIL, 2019). Isso porque há vários entraves para se manter o nível de investimentos com valores adequados “diante do desafio de universalizar os serviços de saneamento básico para um país tão grande e desigual social e economicamente como o Brasil” (SANTOS *et al.*, 2020, p. 22), principalmente no cenário atual de corte de gastos públicos, proposto pela Emenda Constitucional nº 95/2016 (BRASIL, 2016) e em decorrência da crise fiscal, iniciada no segundo trimestre do ano de 2014.

Nesse sentido, representantes do atual Governo Federal afirmam que, dificilmente, a meta de universalização dos serviços será alcançada em 2033, sem a ampliação da participação do capital privado no setor. Esse discurso reverberou não só no Poder Executivo, mas também no Poder Legislativo, sobretudo na tramitação das propostas legislativas que buscavam alterar a Lei nº 11.445/2007, conforme será demonstrada na seção 3.

Entre 2014 e 2033, o PLANSAB (BRASIL, 2019c) estimou investimentos na ordem de R\$ 304 bilhões - R\$ 15 bilhões anuais - para que se pudesse atingir as metas de universalização dos serviços de abastecimento de água (99%) e de esgoto coletado e tratado (93%) em 2033.

A conjuntura do setor, conforme informações publicadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (2020), informa que, em 2019, 85,5% dos domicílios eram providos por rede geral de abastecimento de água, e 68,3% dos domicílios com esgotamento sanitário eram atendidos por rede geral ou fossa ligada à rede.

A Região Norte apresenta-se como a região mais deficitária nos dois serviços. No Nordeste, o acesso ao abastecimento de água se encontra mais próximo à média nacional de 85,8%. Entretanto, quando se analisa o índice de esgotamento sanitário, os números revelam que ainda há muito a ser feito, mesmo na Região Sudeste. No Brasil, em 2018, segundo dados do IBGE (2019, p. 18) “havia cerca de 72,4 milhões de moradores em domicílios não atendidos pela rede geral de esgoto”.

Os maiores déficits dos serviços estão nas regiões urbanas periféricas, no meio rural (MORAES, 2011; BORJA, 2014; BRASIL, 2019c) e nas comunidades remanescentes de quilombos. Segundo Nery (2004, p. 316), “a maioria das comunidades quilombolas fica em área rural, tendo menor cobertura de serviços de saneamento básico.” Nesse sentido, Kuwajima *et al.* (2020)

entendem que “superar as dificuldades para atacar os déficits, em municípios pequenos e pobres e periferias de médios e grandes centros urbanos, são aspectos centrais para a universalização do saneamento no Brasil”.

Esses serviços podem ser prestados diretamente pelo Município (pela administração direta, por autarquia municipal ou pela empresa pública municipal) ou indiretamente (pelas companhias estaduais, por empresa privada ou pela associação sem fins lucrativos), conforme estabelecido no art. 30 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Em 2017, as Companhias Estaduais eram responsáveis pela execução do serviço de abastecimento de água em 69,5% dos municípios, as autarquias municipais em 10,3%; já as prefeituras, as empresas privadas e as associações, em 35,2%, 3,6% e 11,6% dos municípios, respectivamente (IBGE, 2020).

Em relação à execução dos serviços de esgotamento sanitário, os dados do IBGE (2020) revelam que, em 2017, 46,2% das prefeituras eram responsáveis por esse serviço; em 41,6%, as responsáveis eram as Companhias Estaduais; 11,0% correspondiam às autarquias municipais (Serviços Autônomos de Água e Esgoto – SAAE); e, por fim, as empresas privadas eram executoras em 3,1% dos municípios pesquisados.

A reformulação do marco legal do saneamento (Lei nº 14.026/2020) visou garantir segurança jurídica aos investimentos privados, dado o cenário de escassez dos recursos públicos e a pluralidade de regulamentação do setor no Brasil. Essa agenda foi defendida pela Confederação Nacional da Indústria-CNI (2018), ABCON e SINDICON, dentre outras instituições.

As ações governamentais buscaram priorizar as demandas das empresas privadas. A fundamentação para a implementação dessas ações tem seus argumentos constituídos por posicionamentos neoliberais de que a privatização promove melhorias na qualidade dos serviços, torna o setor mais eficiente e gera emprego e renda. Na época da tramitação das propostas no Congresso Nacional, o Ministro da Economia, Paulo Guedes defendia que o novo modelo possibilitava abertura de espaço para a entrada de dezenas de bilhões de reais em investimentos privados no setor (BRASIL, 2020c).

Tais argumentos dialogam com o pensamento de que a gestão privada incentiva cortes de custos e aumento de produtividade, o que não acontece no setor público na mesma escala, (GALIANI *et al.*, 2005). Entretanto, em estudo publicado sobre privatização do setor de saneamento, Faria *et al.* (2005) dão conta de que

as empresas privadas apresentam, em média, maior produtividade do trabalho, tanto para os serviços de água como de esgoto, maior índice de atendimento de água e maior produtividade do capital nos serviços de esgotamento sanitário. Porém, as empresas privadas não apresentam uma performance financeira melhor que as empresas públicas, bem como não possuem um índice de atendimento de esgoto significativamente melhor. (FARIA *et al.*, 2005, p. 17).

Faria *et al.* (2005) demonstraram que, em relação às empresas públicas, as empresas privadas não apresentaram melhores e significativos índices de atendimento em relação ao serviço de esgotamento sanitário. Vargas e Lima (2004, p. 21) defendem que “a participação da gestão privada no âmbito da política nacional de saneamento, embora crescente, deverá ser sempre minoritária, dadas as desigualdades estruturais de distribuição de renda entre os grupos sociais, os Estados e os Municípios do país”

O cenário atual do setor revela a existência de obstáculos e desafios, sejam para os prestadores públicos ou privados, que devem ser superados para implementar a universalização até 2033. Por parte do Governo Federal, a partir da publicação da Lei 14.026/2020 as perspectivas de investimento para o setor são otimistas. Acredita-se que o cenário de carência no atendimento

populacional dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário mudará de forma substancial.

Brown (2015, p. 75) defende que o “*capital requires certain truths to get under way at all, and as ideology critique reminds us, capital circulates certain truths to sustain its power as well as its legitimacy, or better, to sustain its legitimacy as power*”. As informações reproduzidas pelas autoridades governamentais assumem *status* de verdade indiscutível. Dada a apresentação da fonte institucional, o discurso de cunho neoliberal é incorporado pelos parlamentares que defenderam as propostas de alteração na Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007), conforme será demonstrado no tópico seguinte.

3. REPRESENTAÇÃO E IDEOLOGIA EM DEFESA DAS ALTERAÇÕES DA PNSB NO CONGRESSO NACIONAL

O deputado federal Geninho Zuliani, relator na Câmara Federal da PL 4.162/2019, quando foi questionado sobre o porquê de tanta resistência ao capital privado, se o poder público não consegue financiar, ele afirma que

Olha a culpa hoje do saneamento, tá nessa situação, uma delas é que, temos noventa e cinco por cento do serviço de saneamento básico do Brasil na mão das Companhias Estaduais, na mão do Poder Público, que se mostrou totalmente ineficiente ao longo dos últimos anos. Porque falta investimento, porque tem salários altos, porque tem emprego demais, as Companhias estão inchadas, são endividadas, se deixam usar politicamente e o que nós precisamos é colocar o capital privado, pelo menos pra dividir esse bolo. (TOLEDO, 2019) (grifo dos autores)

131

Percebe-se, no trecho “olha a culpa hoje do saneamento tá nessa situação, uma delas é que, nós temos noventa e cinco por cento do serviço saneamento básico no Brasil na mão das Companhias Estaduais, na mão do Poder Público, que se mostrou totalmente ineficiente ao longo dos últimos anos.”, que os termos “culpa” e “mão” são utilizados, ideologicamente, por meio de passivação, para representar as Companhias Estaduais e o Poder Público. Estes como seres vivos, que possuem “mão”, dotados de poder de ação, capazes de causar danos aos serviços de saneamento básico. Segundo Resende e Ramalho (2011, p. 51), a ideologia operada pela passivação possibilita “o apagamento de atores e ações representando processos como entidades”.

No trecho, o locutor utiliza o termo “culpa” para impingir uma ficção jurídica (Companhias Estaduais), silenciando as ações dos agentes responsáveis pela gestão e pela execução dos serviços. O significado do vocábulo “culpa” empregado no meio jurídico, segundo Plácido e Silva (2007, p. 401), “é compreendido como a falta cometida contra o dever, por ação ou por omissão, precedida de ignorância ou negligência”. No âmbito do Direito Penal, Nucci (2012) classifica a culpa a partir da previsibilidade dos resultados. Nesse sentido, a culpa é inconsciente, quando o agente, na prática, embora tendo a possibilidade de prever o resultado, não o previu, e a culpa é consciente quando o agente, embora tenha previsto o resultado, não considerou e confiou que ele não ocorresse. Na seara do Direito Administrativo, o instituto da culpa (negligência, imprudência ou imperícia) é atribuído ao agente público, no exercício da atividade pública, que causou danos a terceiros (MELLO, 2008). Nesse caso, o Estado responde diretamente (responsabilidade objetiva), entretanto, quando comprovada a culpa exclusiva do agente público, cabe ao Estado o direito de regresso. Em todas as acepções, o instituto da “culpa” é direcionado a uma ação humana.

Segundo o discurso analisado, as ações culposas das empresas públicas têm como consequência a “ineficiência”. Eficiência e ineficiência são parâmetros de avaliação do setor privado que foram incorporados como métricas para avaliação da atuação do Estado, a partir da implantação do estado gerencial no Brasil nos anos de 1998 (Emenda Constitucional nº 19/98). Isso implica dizer que a avaliação dos serviços públicos deve atender a uma lógica de resultados concentrando-se “obsessivamente nos indicadores de desempenho, sem se preocupar com o conteúdo real de sua missão” (DARDOT e LAVAL, 2016, p. 318). Deste modo, prioriza-se o lucro e a fabricação de resultados, essa linha de racionalização do setor público gera embaraços à finalidade dos serviços públicos, pois, alinha-os formalmente a uma produção do setor privado. Contudo, o saneamento básico se enquadra como um direito social. Nesse viés, é necessário repensar o papel do Estado enquanto propulsor das políticas sociais e, desse modo, seu objetivo não é gerar lucros, mas, sim, assegurar o atendimento da população, “considerando seus aspectos socioculturais como determinantes de soluções de saneamento” (BRITTO, REZENDE, 2017, p. 562).

É possível perceber a interdiscursividade entre o discurso do deputado Geninho Zuliani e o discurso do senador Tasso Jereissati-PSDB-CE, a partir do vocábulo “ineficiência”, na entrevista concedida por este, ao programa “Poder e Política”, publicada no Portal UOL (OYAMA, TEMÓTEO, 2020). Quando foi questionado sobre se ainda existia falta de consciência social da população dos benefícios do saneamento (redução de problemas de mortalidade, melhora da qualidade de vida da população), o senador responde que a população tem consciência dos benefícios, e complementa

[...] Isso criou praticamente um monopólio das companhias estaduais e como acontece sempre, não é anormal, essas companhias estaduais foram se tornando gigantescas, ineficientes e profundamente corporativas e com muita força política e elas passaram a ter um poder enorme junto aos governos estaduais, dessa maneira, também, viraram uma fonte de poder, numa época em que boa parte dos governos era essencialmente clientelista e usavam também muito dessas companhias. As companhias ineficientes não geraram lucros ou sobra de caixa ou recursos para investir[...]. (OYAMA, TEMÓTEO, 2020) (grifo dos autores)

No trecho acima o falante denuncia que as Companhias Estaduais formaram um monopólio no setor de saneamento. Tal argumento é utilizado para criticar a atuação majoritária das Companhias Estaduais na prestação dos serviços de abastecimento de água e de coleta de esgoto, e dialoga com as ideias defendidas por Hayek (2010) e por Friedman (1979), precursores do modelo econômico neoliberal. De acordo com Hayek (2010, p. 187), “mesmo naqueles casos em que o monopólio é inevitável”, há razões para duvidar que o melhor meio de controlar o mercado “seja entregá-lo ao Estado”. Nessa mesma linha de pensamento, Friedman (1979), advogando a favor do livre mercado, condenando à interferência do Estado, afirma que o poder político e econômico concentrado “nas mesmas mãos constitui-se receita certa de tirania” (FRIEDMAN, 1979, p. 17). Para esses teóricos, o Estado deve intervir apenas para estabelecer um “sistema eficaz de concorrência”, atuando somente em áreas ou em setores não-atrativos para a iniciativa privada (HAYEK, 2010, p. 60).

Entende-se que a crítica, construída no discurso do Senador, se encontra imbricada com os discursos hegemônicos inscritos nas práticas discursivas de cunho neoliberal, podendo indicar que “a manutenção de um ambiente competitivo mediante a ação estatal é geralmente elogiada como uma postura política essencial para qualquer economia capitalista saudável” (HARVEY, 2016, p. 128). Nesse mesmo sentido, Dardot e Laval (2016, p. 14) afirmam que “a concorrência e o modelo empresarial constituem um modo geral de governo” própria da ideologia neoliberal, cujo “núcleo duro” é constituído “por uma identificação do mercado como

uma realidade natural”, e, nesse sentido, a intervenção do Estado ocorre no sentido de “mina[r] os alicerces de sua própria existência, enfraquecendo a missão do serviço público previamente confiada a ele (DARDOT, LAVAL, 2016, p. 15). Sobre o modelo privado de prestação de serviços para o setor de saneamento, Heller *et al.* (2016, p. 842) afirmam que se trata de um modelo “incentivado por governos de tendência neoliberal, que defendem um “estado mínimo” e o “poder mágico do mercado” para regular e controlar a economia.

Outro ponto a ser analisado no discurso do senador Tasso Jereissati (PSDB-CE) é o uso do prefixo “escas”, em “gigantescas”, no contexto da reportagem, contribui para a construção de sentido depreciativo em torno das Companhias Estaduais. No mesmo sentido, o emprego dos termos “ineficiência”, dialogando com “corporação” e “clientelismo”, nessas construções discursivas, utiliza-se da nominação como artifício para apagar atores e ações, demonstrando outra estratégia para desqualificar (“ineficientes não geraram lucros”) e padronizar (“não é anormal”, “viraram”) as Companhias Estaduais.

O senador representa as Companhias Estaduais como um ser dotado de forma (“gigantescas”) e de ação (“elas passaram a ter um poder enorme junto aos governos estaduais”). É possível perceber que o parlamentar busca enfatizar o lado negativo das empresas públicas, silenciando a sua importância na provisão dos serviços públicos de saneamento, desde sua origem. Depreende-se de sua fala que todas elas estão fora dos modelos de eficiência, de desempenho e de resultados impostos pelo neoliberalismo. Essa lógica de mercado, que nem sempre vai ao encontro do interesse público, impõe enclaves econômicos sobre a política e o tecido social (VALADARES *et al.*, 2017), gerando desigualdades na prestação dos serviços públicos à população.

No seguimento de texto “dessa maneira também viraram uma fonte de poder nos governos, em uma época em que boa parte dos governos era essencialmente clientelista e usavam também muito dessas companhias”, percebe-se uma construção discursiva relacionando clientelismo (algo condenável) às Companhias Estaduais e aos políticos. Estes são representados como agentes que, em virtude de seu poder legitimado nas urnas, buscaram auferir privilégios por meio das Companhias Estaduais de saneamento básico. Dessa forma, reduz-se a missão institucional das Companhias Estaduais, enquadrando-as a uma forma escusa de barganhar voto em troca de favores.

Faz-se referência ao clientelismo como mecanismo de poder comum às Companhias Estaduais. Segundo Müller (2018), o termo “clientelismo” se encontra relacionado às relações de poder, embasadas na troca de favores entre o cidadão e o político. O clientelismo “na política brasileira tem sua origem no período colonial, o poder econômico/privado e o poder político/público habitavam o mesmo lugar: a Casa Grande” (LENARDÃO, 2004, p. 4). O clientelismo é considerado, frequentemente, como um ato antirrepublicano (troca de favores entre o cidadão e o político), tem o seu fundamento na gênese e na reprodução de uma assimetria estrutural de poder, representando uma confusão entre o público e o privado.

Outra estratégia usada em defesa da PL nº 4.162/2019 é representar as Companhias Estaduais como “corporação”. Percebe-se isso em resposta à entrevistadora que afirma que existe “oposição no Congresso sobre o tema”, o deputado Federal Geninho Zuiliani afirma:

Muito, a resistência é muito grande e eu tenho andado bastante, já sofri resistência lá em Campos do Jordão na Associação de Prefeitos. **A corporação é muito grande, o Brasil foi tomado pelas corporações, e há muitas resistências ainda de pessoas concursadas, de pessoas que usam da corporação e que tão vendo que vão perder prestígio, vão perder espaço e no fundo as pessoas querem manter os municípios amarrados às Companhias Estaduais, via Contrato de Programa que é uma dispensa de licitação e isso atrasa por mais cinquenta anos o saneamento, então, a gente tem uma luta**

muito grande com as corporações. Mas vamos vencer! (TOLEDO, 2019) (grifo dos autores)

Nesse excerto, o que está em foco, e se representa como um problema é o fato de que “a corporação é muito grande, o Brasil foi tomado pelas corporações, e há muita resistência ainda de pessoas concursadas, de pessoas que usam da corporação e que tão vendo que vão perder prestígio, vão perder espaço e no fundo as pessoas querem manter os municípios amarrados às Companhias Estaduais, via Contrato de Programa que é uma dispensa de licitação e isso atrasa por mais cinquenta anos o saneamento, então, a gente tem uma luta muito grande com as corporações. Mas vamos vencer!” percebe-se, mais uma vez, que a argumentação tem por objetivo demonstrar que a causa fundamental do déficit do saneamento são as Companhias Estaduais.

O uso do vocábulo “corporativismo” é empregado na mesma toada e tem por objetivo condenar as Companhias Estaduais, porque elas priorizam os interesses individuais dos agentes públicos (servidores públicos e políticos). De modo sucinto, “o tema do corporativismo, na quase totalidade dos estudos, se refere às relações entre as esferas do capital e do trabalho em sua interação com o Estado” (VISCARDI, 2018, p. 253), o que causa estranheza é o fato de que, embora sendo políticos, os locutores se colocam à margem dessa relação. Inclusive um Senador que foi Governador por três mandatos (1987-1990, 1995-1998 e 1999 – 2002) e, portanto, tinha a Companhia estadual sob o seu comando.

Na expressão “e há muitas resistências ainda de pessoas concursadas, de pessoas que usam da corporação e que tão vendo que vão perder prestígio, vão perder espaço e no fundo as pessoas querem manter os municípios amarrados às Companhias Estaduais”, alinha-se a concepção utilitarista defendida por Bertham e apropriada pela escola *Public Choice*, de “inspiração neoliberal [para] a ação pública” (Dardot, Laval, 2016, p. 296). Para essa teoria, o funcionamento do Estado deve se assemelhar ao do mercado, e, nesse sentido, o funcionário público é representado como um indivíduo comum, calculador, racional e egoísta, que procura defender seu interesse pessoal, em detrimento do interesse geral. Em linhas gerais, a *Public Choice* ou a Teoria da Escolha Pública tem como pressuposto de que o “auto interesse é a principal (senão a única) explicação para o comportamento humano” (ANDREWS, KOUZMIN, 1998, p. 109).

No segmento de texto “então, a gente tem uma luta muito grande com as corporações. Mas vamos vencer!” o locutor se auto representa como lutador contra as corporações, mostra-se positivo, pois acredita que vai vencer. A luta se estabelece dentro do Congresso Nacional entre seus pares, no contexto da tramitação da PL nº 4.162/2019, no qual o deputado é o relator do projeto de lei. Nesse sentido, o pensamento de Moufle (2015) se encaixa na análise desse trecho. A autora advoga que, nesse tipo de relação, as partes conflitantes são adversárias e não inimigas, haja vista que se reconheça a legitimidade dos oponentes, embora não visualizem uma solução racional para a resolução do conflito. No conflito agonístico, o confronto se desenvolve “sob condições que são reguladas por um conjunto de procedimentos democráticos aceitos pelos adversários” (MOUFFE, 2015, p. 20).

Nos trechos abaixo, verifica-se o uso de estratégias para legitimar a posição política em prol da aprovação da PL nº 4.162/2019, a partir da construção de um discurso que favorece a iniciativa privada:

Temos a condição e nos próximos anos **através da iniciativa privada, já que o governo, os estados não têm condições financeiras de fazer obras**, vultuosas, de grande porte, que pela estatística dos especialistas, a gente precisa de pelo menos seiscentos, oitocentos bilhões de reais pra gente melhorar a condição de saneamento, de água tratada, mas o setor

privado tem esse recurso. (SENADOR DAVI ALCOLUMBRE – DEM – AM) (GUEDES, 2020) (grifo dos autores)

Para que nós possamos, como está no projeto, atingir a universalização até dois mil e trinta e três, quando eu falo universalização é noventa por cento por aí, **então nós vamos precisar de quinhentos a setecentos milhões de reais**, principalmente hoje, não existem esses recursos **em nenhum dos três entes da Federação. O capital privado vai vir justamente prover esses recursos [...]**. (SENADOR TASSO JEREISSATI – PSDB-CE) (OYAMA; TEMÓTEO, 2020) (grifo dos autores)

Os Estados estão falidos, o governo federal está totalmente sem dinheiro. Votamos agora na Câmara a primeira vez, uma lei para autorizada vender títulos da dívida pública pra pagar custeio, ou seja, **chegamos no caos financeiro, a máquina pública inchada, Estados e Municípios não têm a mínima condição de investir vinte, trinta bilhões por ano, ou seja, esse dinheiro tá no mercado financeiro, tá na mão dos investidores.** (GENINHO ZULIANI – DEM - SP) (TOLEDO, 2019) (grifo dos autores)

A maior parte das empresas são estatais, a maior parte das políticas públicas não permitem o investimento privado e **o Governo, como todo mundo sabe, tá quebrado, o Estado está quebrado, o Brasil está quebrado, e não tem dinheiro para investimento! Muito menos investimento em saneamento básico, né?! Que é uma das questões básicas da infraestrutura. Qual que é um dos grandes méritos dessa lei [é a] abertura de mercado para que a iniciativa privada tenha a oportunidade de investir esse dinheiro no Brasil, principalmente, jogadores, jogadores eu digo players econômicos internacionais, no Brasil e investir o dinheiro em saneamento básico, porque eles têm esse dinheiro, eles têm esse interesse, a longo prazo dá retorno.** (KIM KATAGUIRI - DEM-SP) (KATAGUIRI, 2019) (grifo dos autores)

Nos trechos “através da iniciativa privada, já que o governo, os estados não têm condições financeiras de fazer obras”; “então nós vamos precisar de quinhentos a setecentos milhões de reais, principalmente hoje, não existem esses recursos em nenhum dos três entes da Federação. O capital privado vai vir justamente prover esses recursos”; “chegamos no caos financeiro, a máquina pública inchada, Estados e Municípios não têm a mínima condição de investir vinte, trinta bilhões por ano, ou seja, esse dinheiro tá no mercado financeiro, tá na mão dos investidores.” e “e o Governo, como todo mundo sabe, tá quebrado, o Estado está quebrado, o Brasil está quebrado, e não tem dinheiro para investimento! Muito menos investimento em saneamento básico, né?!”, percebe-se a conexão interdiscursiva entre os parlamentares. As vozes, aqui, são usadas para articular um posicionamento que, por um lado, deprecia e subestima o Poder Público e, ao mesmo tempo, favorece posicionamentos políticos que legitimam a iniciativa privada. Esta é representada como a “tábua de salvação” para o setor do saneamento, conforme adverte Harvey (2014, p. 75), ao afirmar que, no Estado neoliberal, “A empresa privada e a iniciativa dos empreendedores são julgadas as chaves da inovação e da criação de riquezas”.

A lógica da incapacidade de investimento do Estado aliado ao potencial econômico do setor de saneamento para atrair investimento do capital financeiro, *a priori*, para os mais desatentos, apontam como a única e inevitável solução para a universalização dos serviços de saneamento. Entretanto, é preciso alertar que os discursos ideológicos, empregados nesses textos, tendem a banalizar, a naturalizar e a deslocar o papel do Poder Público na provisão desses serviços, buscando posicionar o mercado como protagonista. O Estado, na concepção neoliberal, tem a responsabilidade de atrair capital financeiro para o território por ele administrado, tonando-se “parceiro dos interesses oligopolistas na guerra econômica mundial” (DARDOT, LAVAL, 2016, p. 283).

Na medida em que o discurso neoliberal se dissemina no campo do saneamento básico, são silenciadas características genuínas da prestação desses serviços públicos, que estão diretamente relacionadas à saúde, à qualidade de vida e à dignidade da pessoa humana (ONU, 2010). Nos termos apresentados, percebe-se que o saneamento é pensado apenas como investimento lucrativo e que “a longo prazo dá retorno” aos investidores. Nesse discurso, tais métricas que orientam a substituição do público pelo privado são pautadas e centradas pelo retorno sobre o investimento e no aumento de lucro que os investidores ficam propensos a esperar de qualquer outro investimento. E, assim, reduz o valor do saneamento a riscos e ganhos econômicos, removendo-se preocupações de ordem social e sanitária que possam beneficiar a população.

Percebe-se, nos fragmentos dos textos analisados, o predomínio da ideologia neoliberal nas representações construídas pelos parlamentares. Na concepção de Harvey (2016, p. 129), tais discursos soam como “[um] ataque neoliberal a esses direitos e serviços [de abastecimento de água e esgotamento sanitário]”, uma vez que despontam como “uma forma de espoliação que transfere a poupança gerada pelo corte do gasto público para a classe ‘não necessitada, mas gananciosa’ dos chefes de empresas e bilionários” (*idem, idem*).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os achados dão conta de que, nos discursos – dos representantes da Câmara Federal e Senado – analisados, são construídas representações ideológicas neoliberais que tentam desqualificar as Companhias Estaduais, silenciando a importância delas na provisão dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. E, por outro lado, valorizar a iniciativa privada, representando-a enquanto “tábua de salvação” para a “decadente” prestação de serviços de Saneamento Básico. Os discursos constituem-se então, a partir da desvalorização do público e valorização do privado.

Os argumentos utilizados pelos parlamentares coadunam com a “representação ideológica que acompanha a implantação das políticas neoliberais” (DARDOT, LAVAL, 2016, p. 15). O setor de saneamento foi alvo das ações neoliberalizantes do Governo Bolsonaro, atrelado ao discurso da falência do Estado, da inoperância e da ineficiência generalizada das Companhias Privadas em prover os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Todos esses argumentos apontam para uma confluência perversa, cujo intento é naturalizar o viés neoliberal para a formulação e implantação das alterações ao PNSB, por meio da Lei nº 14.026/2020, que tem como objetivo dar segurança jurídica aos investidores, permitindo um ambiente favorável e lucrativo. Percebe-se, desse modo a supremacia do capital financeiro sobre as políticas públicas de saneamento básico.

Por fim, respondendo aos questionamentos iniciais, nos discursos analisados é possível afirmar que as Companhias Estaduais de Saneamento Básico foram representadas como ineficientes, corporativas, gigantescas e responsáveis pela deficiência dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Brasil. De modo inverso, as empresas privadas foram representadas como única possibilidade para a universalização desses serviços até 2033, por serem eficientes e por possuírem capacidade de investimento para ampliação do setor.

A exaltação do setor privado em detrimento do público reflete a retórica neoliberal oca que permearam os discursos analisados. Assim, sugere-se que outros estudos aprofundem o tema procurando investigar, por exemplo: quais representações foram construídas em defesa das Companhias Estaduais no âmbito do processo de tramitação das propostas que visavam

alterar o PNSB? e se as expectativas de investimento para o setor de saneamento se efetivaram, conforme, apregoavam os discursos pró-mercado.

REFERÊNCIAS

ANDREWS, Christina W.; KOUZMIN, Alexander. **A Reforma Gerencial no Brasil à Luz da Teoria da Escolha Pública**: Uma Análise do Discurso Oficial, Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/enanpad1998-ap-22.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BASSO, Leonardo F. C.; SILVA, Marcelo R. da. Reflexões sobre a regulamentação. **Rev. adm. contemp.** [online], vol. 4, n. 2, p. 67-85, 2000. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-6555200000200005. Acesso em: 15 jan. 2021.

BORJA, Patrícia Campos. Política pública de saneamento básico: uma análise da recente experiência brasileira. **Saúde soc.** [online], vol.23, n.2, p.432-447, 2014. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010412902014000200432#B22. Acesso em: 20 dez. 2020.

BORJA, Patrícia Campos. **Privatização dos serviços públicos de saneamento e onda neoliberal**, 2016. Disponível em: <http://www.asemae.org.br/artigos/item/1871-serie-de-artigos-privatizacao-dos-servicos-publicos-de-saneamento>. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

BRASIL. Casa Civil. **LEI Nº 11.445, DE 5 DE JANEIRO DE 2007** – Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato20072010/2007/lei/L11445compilado.htm>. Acesso em: 14 jan. 2021.

BRASIL. Casa Civil. **Emenda Constitucional nº 95**, de 15 de dezembro de 2016 - Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências.2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.162/2019**. 2019a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2213200>. Acesso: 20 dez. 2020.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento. **Plansab – Plano Nacional de Saneamento Básico**. (Documento em revisão submetido à apreciação dos Conselhos Nacionais de Saúde, Recursos Hídricos e Meio Ambiente – versão 25/7/2019). Brasília: MDR/SNS, 2019b. p. 240. Disponível em: https://www.mdr.gov.br/images/stories/ArquivosSDRU/ArquivosPDF/Versao_Consehos_Resolu%C3%A7%C3%A3o_Alta_-_Capa_Atualizada.pdf. Acesso em: 14 jan. 2021.

BRASIL. Casa Civil. **LEI Nº 14.026**, DE 15 DE JULHO DE 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico. 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14026.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Governo Federal. Governo do Brasil-Gov.br. **Novo Marco do Saneamento permitirá a universalização do serviço**: Projeto foi aprovado no Senado e segue para sanção presidencial. 2020b. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/transito-e-transportes/2020/06/novo-marco-do-saneamento-permitira-a-universalizacao-do-servico>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRITO, Ana Lucia. REZENDE, Sonaly C. **A política pública para os serviços urbanos de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Brasil**: financeirização, mercantilização e perspectivas de resistência. *Cad. Metrop.*, São Paulo, v. 19, n. 39, pp. 557-581, maio/ago, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cm/v19n39/2236-9996-cm-19-39-0557.pdf> Acesso: 04 jan. 2020.

BROW, Wendy. **Nas ruínas do neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente**. Tradução Mario A. Marino, Eduardo Altherman C. Santos. São Paulo: Editora Filosófica Politeia. p. 256, 2019

BROWN, Wendy. **Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution**. New York: Zone Books, 2015.

CARNEIRO, Ricardo; MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. Gestão Pública no século XXI: as reformas pendentes. In: FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **A saúde no Brasil em 2030 - prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro**: desenvolvimento, Estado e políticas de saúde [online]. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. 2013. Vol. 1. pp. 135-194. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/895sg/pdf/noronha-9788581100159-06.pdf>. Acesso em: 30 já. 2021

CRUZ, JOSÉ. **“Vem avalanche de investimentos no ano que vem”**, diz Guedes. Agência O Globo. IG Economia. 2019. Disponível em: <https://economia.ig.com.br/2019-12-18/vem-avalanche-de-investimentos-no-ano-que-vem-diz-guedes.html>. Acesso em: 20 nov. 2020.

CNI - CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Privatização da infraestrutura: o que falta fazer?** / Confederação Nacional da Indústria. – Brasília: CNI, 2018. 48 p.: il. – (Propostas da indústria eleições 2018; v. 20) Disponível em: https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/49/4d/494d6ba6-c8bb-4af3-90fo-e34709f2539f/privatizacoes_na_infraestrutura_miolo_web.pdf. Acesso em: 18 mar. 2020.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A Nova Razão do Mundo: Ensaio Sobre a Sociedade Neoliberal**. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo Editorial. 2016.

FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2ª edição. 2019.

FAIRCLOUGH, Norman. **Analysing Discourse**. Textual Analysis for social research. Londres-Nova York: Routledge, 2003. 288p. 2003.

FARIA, Ricardo C.; FARIA, Simone A.; MOREIRA, Tito B. S. **A privatização no setor de saneamento tem melhorado a performance dos serviços?** Planejamento e políticas públicas | ppp | n. 28 | jun./dez. 2005. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4018/1/PPP_n28_Privatizacao.pdf. Acesso em: 18 mar. 2020.

FERREIRA, F. S.; QUEIROZ, T. M.; SILVA, T.V.; ANDRADE, C.O. **À margem do rio e da sociedade:** a qualidade da água em uma comunidade quilombola no estado de Mato Grosso. Saúde Sociedade. Volume: 26, Jul-Sep. 2017. Disponível em: <https://scielosp.org/article/sausoc/2017.v26n3/822-828/#>. Acesso em: 19 mar. 2020.

FREIRE, André Luiz. Saneamento básico: conceito jurídico e serviços públicos. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP.** Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Difusos e Coletivos. Nelson Nery Jr., Georges Abboud, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/325/edicao-1/saneamento-basico:-conceito-juridico-e-servicos-publicos>. Acesso em: 14 jan. 2021.

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Liberdade para Escolher:** O Novo Liberalismo Econômico. Rio de Janeiro: Editora Record. 1979.

GALIANI, Sebastian; GERTLER, Paul; SCHARGRODSKY, Ernesto. Water for life: The impact of the privatization of water services on child mortality. Journal of political economy, v. 113, n. 1, p. 83-120, 2005.

GUEDES, Aline. **Entrevista** - Davi Alcolumbre fala sobre marco regulatório para o saneamento básico - 24/06/20. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=JfwMpezNtxE>. Acesso em: 20 dez. 2020.

HARVEY, David. **17 Contradições e o Fim do Capitalismo.** Tradução Rogério Bettoni. São Paulo: Boitempo Editorial. 2016.

HARVEY, David. **O Neoliberalismo: História e Implicações.** Tradução Adail Sobral, Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

HAYEK, F. A. **O Caminho da Servidão.** São Paulo. Instituto Ludwig von Mises Brasil. 2010.

HELLER, L. **Política pública e gestão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário e suas interfaces:** a perspectiva da saúde pública. In.: HELLER, L.; CASTRO, J. E (Orgs.). Política pública e gestão de serviços de saneamento. Rio de Janeiro: Fiocruz; UFMG, 2013.

HELLER, L. Gestão dos Serviços. In: **Abastecimento de água para consumo humano.** Org.: Léo Heller, Valter Lúcio de Pádua. 3 ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua** - PNAD Contínua. Características Gerais dos Municípios e Moradores 2018. 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101654_informativo.pdf. Acesso em 14 já. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Panorama**. 2020. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/panorama>. Acesso em: 14 jan. 2021.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Ranking do Saneamento Instituto Trata Brasil 2018**. São Paulo: GO Associados, abr. 2018. 118 p. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/itb/ranking-2018/realatorio-completo.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Investimentos Necessários Para Universalização do Saneamento**. 2019. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/blog/2019/07/16/investimentos-necessarios-para-universalizacao-do-saneamento/>. Acesso em: 20 dez. 2020.

KATAGUIRI, K. **Cocô dia sim, dia não: o problema do saneamento básico!** 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=iapolSAPBzY>. Acesso em: 20 dez. 2020.

KUWAJIMA, J. I.; SANTOS, G. R.; FECHINE, V.M.R; SANTANA, A. S. **Saneamento no Brasil: proposta de priorização do investimento público**. Brasília: Ipea, no prelo, 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2614subs.pdf. Acesso em: 15 jan. 2021.

LENARDÃO, Elcio. Gênese do Clientelismo na Organização Política Brasileira. **Revista do Núcleo de Estudos de Ideologias e Lutas Sociais (NEILS)**. Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais – PUC/SP, 2004. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/l/article/view/18704>. Acesso: 10 jan. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda.2008.

MORAES, A.C.R. Territorialização: caderno temático nº 2. In: REZENDE, S.C. (Org.). **Cadernos Temáticos**. Brasília: Ministério das Cidades, 2011. (Panorama do Saneamento Básico no Brasil, v. 7).

MOUFFE, Chantal. **Sobre o Político**. Tradução Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

MÜLLER, Matheus. **Ainda o século do clientelismo no Brasil? Uma análise de condicionantes demográficas, socioeconômicas e culturais**. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas Programa de Pós-Graduação em Ciência Política. Rio Grande do Sul, 2018. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/178178/001063538.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 jan. 2021.

NERY, T.C.S. **Saneamento: Ação de Inclusão Social**. Est. Avançados, São Paulo, v.18, n.50, p.313-321, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ea/v18n50/a28v1850.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OYAMA, T.; TEMÓTEO, A. **NOVA LEI DO SANEAMENTO: TASSO JEREISSATI, RELATOR DO PROJETO, EXPLICA TEMA NO UOL ENTREVISTA.** O UOL Entrevista. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=iKZYm8lvVIslo.br/pdf/asoc/v7n2/24688.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

RESENDE, Viviane de Melo; RAMALHO, Viviane. **Análise de discurso crítica.** 2. ed. São Paulo: Contexto, 2011.

SANTOS, G; KUWAJIMA, J. I.; SANTANA, A. S. **Regulação e investimento no setor de saneamento no Brasil: trajetórias, desafios e incertezas.** In. Texto para discussão. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada-Ipea. 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=36559&Itemid=448. Acesso em: 16 jan. 2021.

SIQUEIRA, Moema Miranda de Siqueira. **Eficácia da administração pública: imposição democrática.** Rev. Adm. Empres. [online]. 1990, vol.30, n.1, pp.65-72. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901990000100008 Acesso em: 30 já. 2021.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense. 2007.

TOLEDO, D. C. de. **Entrevista com Geninho Zuliani,** deputado federal (DEM-SP), sobre o novo marco do saneamento básico. Jornal Gazeta. 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=iW1adPvphxs>. Acesso em: 20 dez. 2020.

VALADARES, J. L.; ALCÂNTARA, V. C; BOAS, A. A.; EMMENDOERFER, M. L. **Os discursos do empreendedorismo na administração pública brasileira: análise crítica de uma experiência contemporânea.** Disponível em: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/2734/273454951004/html/index.html>. Acesso em: 30 dez. 2020.

VARGAS, Marcelo, C.; LIMA, Roberval F. de. Concessões privadas de saneamento no Brasil: bom negócio para quem? **Revista Ambiente & Sociedade** – Vol. VII nº. 2 jul./dez. 2004. Disponível em: <https://www.scelo.br/pdf/asoc/v7n2/24688.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2020.

VISCARDI, Cláudia M. R. **CORPORATIVISMO E NEOCORPORATIVISMO.** Estud. hist. (Rio J.) [online]. 2018, vol.31, n.64, pp.243-256. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21862018000200243. Acesso em: 20 dez. 2020.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

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

O ACESSO À SAÚDE EM TEMPOS DE TECNOLOGIA: A
TECNOCIÊNCIA COMO FATOR DE DESIGUALDADE

JANAÍNA MACHADO STURZA
FERNANDA LENCINA RIBEIRO
TIAGO PROTTI SPINATO

O ACESSO À SAÚDE EM TEMPOS DE TECNOLOGIA: A TECNOCIÊNCIA COMO FATOR DE DESIGUALDADE

ACCESS TO HEALTH IN TIMES OF TECHNOLOGY: TECHNOCIENCE AS A FACTOR OF INEQUALITY

Recebido: 06/10/2021
Aprovado: 04/01/2023

Janaína Machado Sturza¹
Fernanda Lencina Ribeiro²
Tiago Protti Spinato³

RESUMO:

A tecnologia, nos dias atuais – especialmente em tempos de globalização, tem evoluído e se expandido, em um contexto de muitas dimensões, tanto no caráter de abrangência quanto no caráter de aprimoramento. Assim, é inevitável e, em muitas situações, necessário, que a tecnologia e a ciência estejam juntas, coadunando-se para expandir a tecnociência. Nesse sentido, o objetivo essencial deste artigo consiste em avaliar como o uso da tecnociência está impactando o campo da saúde e, simultaneamente, motivando a existência de um abismo ainda maior entre nações ricas e nações emergentes. O problema que orienta a pesquisa pode ser sintetizado na seguinte pergunta: Em que medida o uso da tecnociência, no campo da saúde, pode estar criando um fator de desigualdade no acesso ao direito à saúde? Seguindo este ideário, o método de pesquisa empregado foi o hipotético-dedutivo, mediante pesquisa bibliográfica e documental. Verificou-se, ao final, que a partir do uso da tecnociência na saúde, como mecanismo para aumentar a expectativa de vida, tem-se também o aumento da desigualdade entre diferentes países, fazendo com que se estabeleça uma crise ética no acesso à saúde como um importante direito fundamental humano, necessário a todos.

Palavras-chave: Desigualdade. Saúde. Tecnociência. Tecnologia.

ABSTRACT:

Technology, nowadays – especially in times of globalization, has evolved and expanded, in a context of many dimensions, both in terms of scope and in terms of improvement. Thus, it is inevitable and, in many situations, necessary, that technology and science are together, coming together to expand technoscience. In this sense, the essential objective of this article is to assess how the use of technoscience is impacting the health field and, simultaneously, motivating the existence of an even greater gap between rich and emerging nations. The problem that guides the research

¹ Pós doutora em Direito pela Unisinos. Doutora em Direito pela Universidade de Roma Tre/Itália. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas também pela UNISC. Professora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI, lecionando na graduação em Direito e no Programa de pós-graduação em Direito - mestrado e doutorado. Integrante da Rede Iberoamericana de Direito Sanitário. Integrante do Comitê Gestor da Rede de Pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas. Integrante do grupo de pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). Pesquisadora Gaúcha FAPERGS – PqG Edital 05/2019. E-mail: janasturza@hotmail.com

² Bolsista CAPES. Mestranda em Direitos Humanos na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI. Bacharela em direito pela na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI. Integrante do grupo de pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). E-mail: fernandalencinaribeiro@gmail.com

³ Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI, Bacharel em Direito pela mesma universidade. E-mail: tiago.protti.spinato@gmail.com

can be summarized in the following question: To what extent can the use of technoscience in the field of health be creating a factor of inequality in access to the right to health? Following this idea, the research method used was the hypothetical-deductive one, through bibliographical and documentary research. It was found, in the end, that from the use of technoscience in health, as a mechanism to increase life expectancy, there has also been an increase in inequality between different countries, causing an ethical crisis in access to health to be established. As an important fundamental human right, necessary for all.

Keywords: Inequality. Health. Technoscience. Technology.

INTRODUÇÃO

Este artigo pretende avaliar, baseado nas condições tecnológicas atuais, de que forma a tecnociência pode estar influenciando as maneiras como o acesso a saúde se dá nos países que tem mais poder econômico, com relação aos países emergentes que muitas vezes se encontram excluídos dos avanços mais recentes no campo da saúde. Esse é um tema importante e pode ser justificado por conta dos grandes avanços tecnológicos que estão moldando a nossa sociedade de uma forma diferente, fazendo com que as condições de tratamentos medicinais melhorem, mas ao mesmo tempo cada vez mais são ligadas intrinsecamente ao capital de quem precisa utilizar do sistema.

A tecnologia cada vez mais pauta a nossa sociedade, já se podendo dizer que nos dias atuais, a humanidade não poderia conseguir seguir o seu curso pacificamente sem o nível de inovação que a tecnologia possibilitou ao mundo. As pessoas são hoje, muito dependentes de sistemas de informação, comunicação e outros tipos de descobertas feitas pelo homem, que em tese, transformam a sociedade em um lugar melhor, porém, podem-se encontrar discrepâncias sobre isso ao analisar o tema desse artigo.

Como objetivo geral, a pesquisa busca avaliar como o uso da tecnociência está afetando o campo da saúde e como isso pode ser as motivações para a existência de um abismo ainda maior entre nações ricas e nações emergentes. Para dar concretude ao objetivo geral, os objetivos específicos do texto, que se refletem na sua estrutura em três seções, são: a) Demonstrar como está sendo realizado o uso da tecnociência no campo da saúde; b) Investigar de que forma o uso da tecnociência está criando um fator de desigualdade; c) Analisar a desigualdade no acesso à saúde criada pela tecnociência como violação do direito fundamental a saúde.

O artigo foi construído tendo por problema de pesquisa a seguinte pergunta: Em que medida o uso da tecnociência no campo da saúde pode estar criando um fator de desigualdade no acesso a saúde? Esse problema surge, devido a diversas questões relacionadas ao direito a saúde, que urgem em serem respondidas para uma melhor efetivação dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade humana.

Como hipótese inicial, levando-se em consideração os dados levantados a partir de um conjunto de pesquisas realizadas sobre o tema na área do Direito, da tecnologia e do acesso a saúde, refletidas na bibliografia que dá sustentação ao presente estudo, torna-se possível afirmar que a tecnociência, mesmo sendo um fator positivo no quesito inovação, pode se tornar um grave fator de desigualdade na questão do acesso à saúde, principalmente em países em desenvolvimento que não contam com um grande poder econômico real.

O método de pesquisa empregado foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego de técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Serão utilizados artigos e capítulos de livros

já produzidos sobre a abordagem da tecnociência, mais especificamente no campo da saúde, bem como as desigualdades inerentes da inserção desse tipo de tecnologia na saúde.

Na primeira seção serão abordadas as mais diversas formas e a evolução da utilização da tecnociência no campo da saúde, na segunda seção será abordada de que forma o uso da tecnociência pode constituir um fator de desigualdade e por fim, será feita uma abordagem da violação ao direito fundamental a saúde, em termos de desigualdade de acesso.

1. A UTILIZAÇÃO DA TECNOCIÊNCIA NO CAMPO DA SAÚDE

Inicialmente, é preciso descrever conceitualmente a tecnociência, por se tratar de um conceito amplamente utilizado em estudos de ciência e tecnologia, nas mais diversas aplicações. “O termo tecnociência foi criado pelo filósofo belga Gilbert Hottois, na década de 1970. Sua utilização vem crescendo desde então, uma vez que a sociedade, cada vez mais, convive com a tecnologia” (FORVILLE NETO, TOCACH, 2015, p. 491).

A palavra tecnociência já fornece uma pré determinação de seu significado. Formada pela junção dos termos tecno e ciência, os quais fornecem a ideia de que tecnociência pode ser considerada uma síntese de ambos. “A relação bilateral existente entre tecnologia e ciência, com a primeira fornecendo artefatos tecnológicos, e a segunda oferecendo recursos teóricos, deu origem ao termo” (FORVILLE NETO, TOCACH, 2015, p.491).

Dessa forma o termo tecnociência pode ser compreendido como uma conjugação que existe entre o desenvolvimento da ciência e o desenvolvimento da tecnologia. Na perspectiva atual de globalização neoliberal, tendo em vista que os problemas mais relevantes para o conhecimento estão estabelecidos de acordo com os interesses e prioridades dos países do Norte sociológico, a orientação de investimento tanto em ciência quanto em tecnologia é feita de acordo com esses problemas, “o termo tecnociência pode ser aplicado num sentido mais estrito para indicar a organização da investigação científica em função das necessidades econômicas e do desenvolvimento tecnológico”.(MAIA, 2017, p. 52)

Com o desenvolvimento das novas tecnologias da informação e comunicação, selou a aliança entre o capital, a ciência e a tecnologia conferindo à tecnociência a função de motor de uma acumulação que assume o mundo existente, por inteiro, como matéria-prima à disposição do trabalho tecnocientífico. (MAIA, 2017, p. 52).

Dessa forma, casa vez mais as novas tecnologias da informação e comunicação permitem inovações nas mais diversas áreas, desde a constituição de seres híbridos, os *cyborgs*, como também a tecnociência resultam na criação de uma tecnocultura, como na construção de uma *cibersociedade* e da *cibercultura*.

Esses dados, sobre uma sociedade ainda mais influenciada pela tecnologia do que a nossa atualmente, em muito poderiam ser fruto de previsões delirantes apresentadas por obras ficcionais, porém, com o advento da utilização massiva da inteligência artificial, o jogo pode se alterar rapidamente. É possível que um dia, a atual revolução científica venha suplantando outros grandes momentos da história com grandes potenciais modificativos da sociedade, como a revolução industrial. Nesse sentido, é inegável que “[...] tecnologias surgem com o propósito de facilitar a vida de todos. Sendo o ser humano facilmente adaptável às facilidades, recebe muito bem qualquer conforto [...]” (CAVALLI; PARCHEN e FREITAS, 2021, p. 114).

No período da pós-modernidade, a saúde tem se tornado mais do que nunca um importante objeto de consumo, diante dos avanços científicos das pesquisas médicas, com o aumento massivo na oferta de produtos, serviços e terapias diferentes. Dessa forma, as

vantagens resultantes da interação entre ciência e tecnologia tornam-se cada vez maiores, principalmente na medicina. O principal foco da utilização da tecnologia aliada à ciência deve ser proporcionar uma maior qualidade de vida e dignidade aos seres humanos, mas parte da população não tem acesso aos seus benefícios.

Ainda, nos mais variados campos da tecnologia, como a robótica, que é um grande aliado à saúde, principalmente quando diz respeito aos avanços no uso de dispositivos tecnológicos em alguns procedimentos cirúrgicos, bem como em processos de reabilitação, tendo apresentado bons resultados nas diversas intervenções (BINDA FILHO, 2021).

A inovação de robôs utilizados em procedimentos cirúrgicos chegou ao Brasil em 2008, e surgiu no mercado como uma aposta direcionada ao campo da cirurgia cardíaca. Contudo, demonstrou-se como mais proveitosa para a aplicação dessas sofisticadas máquinas a área dos procedimentos urológicos, com destaque para as cirurgias de câncer de próstata. Em 2018, o número de robôs utilizados com essa função era de 45, número 15 vezes maior do que os primeiros robôs que chegaram ao Brasil há uma década. (BINDA FILHO; LEMOS; ZAGANELLI, 2021, p. 10-11).

Nestes termos além do uso da robótica em cirurgias, a inteligência artificial (IA) se tornou um grande aliado na área da saúde, por ser um grande facilitador na precisão de diagnósticos, exames, tratamento, bem como nas mais diversas áreas de procedimentos estéticos, auxiliando os profissionais da saúde (LEMES; LEMOS 2020).

A tecnologia tem sido utilizada como ferramenta de alto valor para os médicos e profissionais da saúde, pois lhes permite gerenciar os dados dos pacientes, acessá-los a partir de seus dispositivos móveis a qualquer hora do dia e compartilhá-los com as equipes de atendimento instantaneamente. E o futuro da utilização em maior intensidade depende de uma maximização dos benefícios, que inclui a sua transparência (MASSOLA; PINTO, 2018).

Além disso, a tecnologia está envolvida em momentos de grande importância para a saúde como prever os efeitos colaterais de medicamentos, o controle de doenças, mas também está envolvido em momentos controversos como o prolongamento da vida, o processo de medicalização, entre outros. A incorporação tecnológica tem admitido riscos na sua aplicação, cujos efeitos não são previstos ou pouco avaliados. No caso do prolongamento da vida por exemplo, desencadeia uma dimensão de problemas éticos envolvidos (LORENZETTI TRINDADE, PIRES, RAMOS, 2012).

No entanto, o uso da tecnologia tem se demonstrado indispensável, principalmente nos atuais tempos pandêmicos vivenciados. A pandemia do Covid-19 fez com que a tecnologia fosse altamente valorizada. A inteligência artificial começou a ser utilizada no enfrentamento a pandemia já em dezembro de 2019, através de *startup* canadense BlueDot, quando a tecnologia passou a apresentar mecanismos e soluções para atuar no combate ao corona vírus, utilizando entre outros a inteligência artificial e ciência de dados.

As inovações tecnológicas aplicadas à área da saúde impõem novas questões ético jurídicas: desde a aquisição e uso de “Big Data” até a responsabilidade por erros em algoritmos e softwares, desde a verificação da correção de informações médicas online até o direito de acesso aos dados de saúde (CASADELI; GONÇALVES; SALADI; ZAGANELLI, 2020, p. 05).

No mundo, com o início da pandemia Covid-19, diversos países criaram e ampliaram seus mecanismos de apoio às atividades de ciência, tecnologia e inovação (CT&I) para ser utilizados no campo da saúde. Isso implica no reconhecimento da ciência e da tecnologia tanto no enfrentamento de crises como a atual pandemia, por exemplo, no financiamento para projetos de pesquisa e desenvolvimento (P&D), para produção de em vacinas e bem como demais

produtos necessários no combate enfrentamento pandemia, mobilizando redes internacionais para cooperação científica e tecnológica (ALVES; VARGAS; MREJEN; 2021).

Em função da sua escala e impactos, a pandemia logrou, por um lado, situar as políticas científicas, tecnológicas e de inovação em saúde num espaço privilegiado do debate sobre desenvolvimento sustentável, reforçando a percepção, já presente na crise de 2008, de que Sistemas Nacionais de Inovação robustos e políticas de CT&I sistêmicas e inclusivas assumem uma importância fundamental na superação de crises. Adicionalmente, o esforço de ampliar as atividades de CT&I em saúde para o enfrentamento da pandemia Covid-19 tem contribuído para acelerar o processo de incorporação das novas plataformas tecnológicas associadas à chamada Indústria 4.0 nas atividades de P&D no campo da saúde. (VARGAS; ALVES; MREJEN; 2021, p. 146).

Assim, são associados o uso de big data, inteligência artificial (IA), internet das coisas (IoT), mecanismos de computação em nuvem, e demais formas que demonstram as inovações no campo da saúde e que graças ao seu desempenho foram adotadas nos demais sistemas que integram o Complexo Econômico-Industrial da Saúde.

Ainda, se torna importante mencionar estratégias de enfrentamento a pandemia, que vem sendo utilizados com recursos tecnológicos, os quais lograram em representar muitas vezes a importância da tecnologia como um mecanismo de acesso a saúde, um exemplo disso é a telemedicina, sendo uma forma segura de consultar profissionais de saúde, de forma a resguardar os profissionais e os pacientes, que podem consultar sobre sintomas de doenças, tratamento e orientação, bem como disponibilização de serviços públicos de saúde (BINDA FILHO; ZAGANELLI, 2020).

Na pandemia efetivamente pode ser uma forma de auxiliar na triagem de pacientes com suspeita, que apresentam algum sintoma, sem correr o risco da exposição em hospitais ou clínicas. Torna-se frente uma pandemia, um serviço essencial mediante o cenário do COVID-19.

A telemedicina, devidamente regulamentada, com supervisionamento adequado, aliada a estratégias de ampliação de seu potencial, pode fortalecer os serviços em saúde e auxiliar na garantia do bem-estar da população. Além disso, com uma estrutura previamente desenvolvida e regulada, o uso da telemedicina em situações emergenciais pode ser ainda mais benéfico do que esse que se apresenta no período de ocorrência da COVID-19, vez que sua a regulamentação deu-se às pressas, em virtude da própria pandemia. (BINDA FILHO; ZAGANELLI, 2020, p. 129).

Assim, a telemedicina se torna uma grande aliada para a garantia dos cuidados em saúde, podendo desenvolver ainda novas formas de atendimento com a expansão da tecnologia e contribui para uma reestruturação dos sistemas de saúde que estão totalmente sobrecarregados. Além disso, a telemedicina representa um dos meios pelos quais a tecnociência cresce cada vez mais e representa um futuro novo, que ainda precisa de regulamentações, visto que esse é um cenário crescente e que não dá sinais de remissão.

2. O USO DA TECNOCIÊNCIA COMO FATOR DE DESIGUALDADE

De fato, a tecnociência, em seus campos como a robótica e inteligência artificial vem trazendo diversos pontos positivos em sua aplicação na área da saúde. Contudo, muitas são as críticas relacionadas ao seu uso indiscriminado, ao controle de dispositivos robóticos, entre outras questões éticas que circulam entre os mais diversos pesquisadores da área.

A questão apresentada para discussão é, de que forma o uso da tecnociência na área da saúde pode apresentar um fator de desigualdade no acesso a saúde? Ocorre que desde o início do século XXI, percebe-se uma supremacia da economia e da tecnologia sem precedentes na trajetória humana. Dessa forma,

A economia sobrepujou a política, a religião e mesmo o direito. A tecnologia, mais que um meio, torna-se um fim em si mesma. Há uma autonomização da tecnologia, os seres humanos perdem o governo da técnica e tornam-se altamente dependentes da tecnologia (LORENZETTI TRINDADE, PIRES, RAMOS, 2012, p. 437).

Com isso, desenvolveu-se uma vinculação entre a segurança, a dignidade e qualidade de vida associadas ao acesso às novas tecnologias, que avançam a cada dia. Porém, as condições de acesso e a brutal desigualdade no usufruto não foram devidamente questionadas.

Não há dúvidas de que os benefícios ocasionados pela tecnologia são vastos, já que foi a capacidade técnica que tornou os seres humanos a espécie dominante no planeta, e passou a condicionar a nossa existência das mais variadas formas, inclusive, na dimensão da subjetividade. Ocorre que com o capitalismo, a tecnologia torna-se uma mercadoria, desvinculando-se do seu fim imediato, bem como de um determinado contexto sociocultural.

Dessa forma, nos tempos atuais, se torna de extrema relevância considerar o aspecto da injustiça, causado pela desigualdade de acesso às tecnologias e inovações, que está aprofundando as iniquidades já existentes, devido aos fatores determinantes sociais do processo de saúde e doença. O que torna necessário “desenvolver, fortalecer, aplicar e exigir que as tecnologias e inovações tecnológicas sejam submetidas permanentemente a critérios éticos para evitar e/ou minimizar as malefícências das mesmas” (LORENZETTI; TRINDADE; PIRES; RAMOS, 2012, p. 438).

A alocação de recursos em saúde tem revelado uma grande disparidade principalmente nas situações em que a escassez de certos recursos acaba instituindo uma falta de compartilhamento democrático das tecnologias médicas mais avançadas, o que causa como por exemplo o fenômeno da judicialização do direito à saúde, cada vez mais recorrente, provocada pela falta de acesso a medicamentos de alto custo, por comunidades mais carentes. (ROCHA 2013)

É possível identificar que cada local tem interferência direta em construções sociais e os processos de infoexclusão e de segregação social, são decorrentes destas, e se não forem avaliados e combatidos, acabam por desenvolver novos fatores de exclusão, como na utilização de tecnologias de ponta. (MAIA, 2017).

Os efeitos da tecnociência têm revelado, neste sentido, grandes assimetrias e têm produzido também grandes desigualdades, a vários níveis. Ano após ano, década após década, há padrões nos indicadores que se vão revelando continuamente. Esses padrões são desde logo relativos à fratura social entre o Norte e o Sul sociológicos. (MAIA, 2017, p. 57).

Os dados estatísticos do Fundo das Nações Unidas para a População, considerando os anos de 2016- 2021, indicam grandes disparidades nos números da esperança média de quando comparados entre diferentes regiões do globo, como o Norte e o Sul sociológicos. Em grande maioria dos países, a esperança média de vida apresenta-se superior para as mulheres do que para os homens. Em países como a Austrália e Nova Zelândia, tem superado os 86 anos de idade para as mulheres, e 82 para os homens na maioria dos casos. Outros países, como o Japão, que empreenderam processos acelerados de avanços tecnológicos, chegam a 88 anos para as mulheres, Coreia do Sul acompanha este nível nos indicadores.

As diferenças começam a ser mais acentuadas nos países da Ásia e Pacífico e alguns países da Europa de Leste. A Federação Russa por exemplo, tem como expectativa de vida

média de 78 anos de idade para as mulheres, o que já apresenta uma diferença de 10 anos (UNFPA, 2021).

A disparidade na expectativa de vida fica próxima dos 21 anos quando comparados os países como o Japão e em casos como o Afeganistão (homens – 64 anos; mulheres – 67 anos) e a Papua Nova-Guiné (homens – 64 anos; mulheres – 66 anos) (UNFPA, 2021). Com isso, esse número está crescendo, quando observados os dados de 2016, em que a diferença de expectativa de vida média entre países da Ásia e Europa, alcançava os 20 anos (MAIA, 2017).

Os indicadores atuais mais fracos encontra-se em países da África Subsaariana. As discrepâncias encontradas em relação aos países do Norte sociológico são enormes chegando a atingir quase 30 anos ou mais de diferença na esperança média. Muitos países desta região estão na casa dos 59-65 anos de esperança média de vida entre homens e mulheres.

Estes dados demonstram a vulnerabilidade em que se encontram os países mais pobres, que não tem condição de investir em tecnologia, que não apresentam condições médicas e sanitárias, e não tem receita para investir na área de saúde, fazendo com que se tornem reféns do aparecimento de doenças, disseminação de vírus, estão expostos a uma realidade cruel.

No Brasil, a expectativa média de vida para homens é de 73 anos e para as mulheres 80 anos. No entanto, “a realidade da saúde pública brasileira tem sido a exclusão de pessoas “vulneradas” dos benefícios decorrentes do progresso na medicina avançada, em face, notadamente, do alto custo que os acompanha” (ROCHA, 2017, p. 03).

Dessa firma, é necessário aprofundar a reflexão no campo da aplicação de tecnologia em saúde, para que se desenvolvam códigos de ética na incorporação tecnológica, assim pode ser incluída no desenvolvimento de melhores cuidados de saúde para todos; cuidados mais resolutivos e mais responsáveis, que estejam disponíveis para toda a população, representando uma possibilidade de aumento de expectativa de vida não somente para países desenvolvidos, que apresentam condições de investimentos na área da saúde, priorizando a solução dos graves problemas estruturais e globais da humanidade, contribuindo para uma sociedade mais digna, democrática e solidária (LORENZETTI TRINDADE, PIRES, RAMOS, 2012).

3. A DESIGUALDADE CAUSADA PELA TECNOCIÊNCIA COMO VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE

Os direitos humanos estão em constante transformação, principalmente no desafio do século XXI, um desafio teórico e prático, para que diante de todas as novas demandas no contexto mundial, seja garantida uma base mínima de direitos para todos os indivíduos e formas de vida que compõem a ideia abstrata de humanidade (FLORES, 2009).

Os direitos humanos seriam os resultados sempre provisórios da luta social pela dignidade. Entenda-se por dignidade não o simples acesso aos bens, mas que tal acesso seja igualitário e não esteja hierarquizado “a priori” por processos de divisão do fazer que coloquem alguns, na hora de ter acesso aos bens, em posições privilegiadas, e outros em situação de opressão e subordinação. Mas, cuidado! Falar de dignidade humana não implica fazê-lo a partir de um conceito ideal ou abstrato. A dignidade é um fim material. Trata-se de um objetivo que se concretiza no acesso igualitário e generalizado aos bens que fazem com que a vida seja “digna” de ser vivida (FLORES, 2009, p. 31).

Nesse contexto, o direito a saúde está presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, no art. 25 como direito de Segunda Geração, encontra-se incluído no rol de Garantias Fundamentais contemplado pela Constituição Federal de 1988, com o intuito de assegurar a todos, entre outras garantias, uma melhor qualidade de vida (ONU, 1948).

Com isso, temos claro que o direito a saúde é uma forma de efetivação da dignidade humana, constituindo-se como direito fundamental. A saúde está em constantes transformações ano após ano, quando o ser humano está cada vez mais exposto a vírus, doenças, e todas as possíveis dificuldades que possam ser apresentadas no decorrer da vida.

Com o uso e o aprimoramento de tecnologias na saúde, será cada vez mais acessível à possibilidade de realizar tratamentos médicos eficientes e dessa forma, juntamente com essas inovações, surgem questões éticas, filosóficas e jurídicas para que seja utilizado de forma a agregar em todos os contextos, não se tornando um vilão, fazendo com que sejam favorecidos somente as grandes potências (BINDA FILHO, ZAGANELLI, 2021).

As tecnologias têm ensejado as mais diversas hipóteses apocalípticas, e somadas a essas, uma onda de desenvolvimentos cuja aceitabilidade vem de encontro com a compatibilidade com os direitos fundamentais, bem como com os princípios da democracia. O princípio da democracia é por vezes relativizado quando a tecnologia leva ao pensamento de poder dispor de todas as suas funcionalidades e inovações sem qualquer limite ou atributo moral (RODOTA, 2021).

Assim, por vezes a tecnologia como a robótica tem representado como uma aliada no desenvolvimento na área da saúde e muitas vezes se apresenta como inalcançável para grande parte do mundo. Tendo como exemplo em uma guerra, em que um a grande potência tem todos os aparatos tecnológicos possíveis para salvar a vida de seus soldados, o adversário tecnologicamente menos desenvolvido não tem condições de se igualar na batalha. Da mesma forma que quando parte da população se vê tomada por uma doença que precisa de todos os recursos possíveis para seu enfrentamento, se saíra melhor do que em relação à população pobre e sem recursos (RODOTA, 2021).

O uso crescente de tecnologia, inteligência artificial e robôs, faz com que se esteja entrando em uma era pós-humana, que tem se afastado diretamente dos princípios e as regras já estabelecidas pelo ser humano. Dessa forma,

Se as tecnologias robóticas, e não apenas elas, fossem abandonadas a uma pura lógica de poder, substancialmente não diferente daquela que “desregulou” a esfera econômica, se assistiria a um divórcio crescente entre a humanidade e a democracia, entendida em seu aspecto de regime político em que o emprego de qualquer meio não pode ser separado do respeito aos princípios e direitos fundamentais. (RODOTA, 2021, p. 143).

Assim, o pós-humanismo apresenta um ponto de vista crítico e desconstrutivo o qual segue o reconhecimento do passado, mas segue uma linha de abordagem direcionada a estabelecer alternativas para o presente e para os futuros. Com isso representa alternativas futuras, “embora o pós-humanismo investigue os domínios da ciência e da tecnologia, ele não os reconhece como seus principais eixos de reflexão, nem se limita aos seus esforços técnicos, mas busca expandir suas reflexões para as tecnologias da existência” (KARASINSKI, 2019, p. 971).

Conforme demonstrado, a convergência de tecnologias exige também uma convergência das formas de intervenção jurídica, principalmente quando se fala na área da saúde, em que está representada pela pessoa e seu corpo. Com isso, o pós-humano ainda carece de um olhar unificador partindo do conjunto de princípios relativos à dignidade da pessoa humana, e que ainda não foi dispensado na esteira tecnológica.

O crescimento da construção tecnocientífica como fator acelerador da ampliação das capacidades humanas através da inteligência artificial, da robótica e dos enfoques biotecnológicos, se converte em um cenário emergente de análise de questões como a bioética, construções filosóficas determinadas a identificar e a analisar todos os parâmetros possíveis, com princípio principal de proteção a vida humana. Dessa forma,

é a bioética, como ética aplicada no contexto histórico da ética epistemológica, o chamado à construção desse cenário emergente, buscando promover uma análise ética de ordem teórica e praxiológica para o desenvolvimento da ciência, uma vez que seu objeto de discussão passa a ser objeto de estudo para os agentes que intervêm no processo de germinação tecnológica na sociedade, possibilitando identificar os elementos éticos técnico-filosóficos, que minimizam os problemas que podem ser gerados na sua incorporação e adaptação, bem como vinculam os níveis de responsabilidade dos cada um de seus atores (GÓMES, 2017, p. 145, tradução nossa⁴).

Com isso, a emergência de um ramo autônomo do saber jurídico para lidar com as questões do direito da saúde está crescendo de forma gigantesca, para que se possa estabelecer uma democracia de acesso ao desenvolvimento e às tecnologias. Diante disso, o ramo do direito a saúde precisa ser autônomo, e ocorrer em duas vertentes: em face de ciências extrajurídicas, tais como a Bioética a Ética Médica ou a Medicina Legal, e em face do domínio jurídico, com a necessidade de criar novas dimensões do direito comum já existente (PEREIRA, 2016).

Quanto aos domínios extrajurídicos, inter e transdisciplinaridade precisam ser encaradas como fundamentais para que possam atender todos os campos bioéticos, tais como os Conselhos de Ética nacionais e internacionais, que possam desenvolver as questões legais envolvidas.

Ocorre que, quando se aborta um assunto tão relevante quanto os direitos humanos, é essencial que se tenha em mente que os direitos humanos está na essência do ser humano, que não é inalcançável, pelo contrário é algo que deve ser buscado, a dignidade humana, mesmo com o passar do tempo, com os avanços tecnológicos, com a transformação do cotidiano, deve ser garantida, em muito além do mínimo.

Os direitos humanos não devem ser entendidos como uma utopia ou, em outros termos, como um horizonte utópico, irrealizável e impotente frente aos obstáculos que impedem constantemente sua plena satisfação. Os direitos, poderíamos dizer, o direito em geral, sempre são um processo, nunca o resultado neutral de uma decisão arbitrária do poder. Beneficie a quem beneficiar, a norma resulta necessariamente de um processo dinâmico de confronto de interesses que, de diferentes posições de poder, lutam por elevar seus anseios e valores, ou seja, seu entendimento das relações sociais, à lei (FLORES, 2009, p.107).

Por fim, ressaltasse a importância de repensar os direitos humanos de forma crítica, não somente na área da saúde, como em todas as áreas que constituem a dignidade humana, pois a desigualdade se demonstra como fator impeditivo de qualquer efetivação dos direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Baseado em tudo o que foi exposto anteriormente, e nas pesquisas referentes aos temas realizados na biografia que se encontra na parte referencial, pode-se concluir que a existência da tecnologia, é sim benéfica para as relações humanas, pois cria melhorias práticas as quais dão acesso à população a benesses anteriormente impossíveis. Porém, conforme visto, sabe-se que historicamente, as nações que tem grande poder econômico e não tem um grande sentimento solidário, e acabam por colocar seus interesses sobre o de países mais pobres.

⁴ es la bioética, como ética aplicada en el contexto histórico de las éticas epistemológicas, la llamada a construir este escenario emergente, buscando propiciar un análisis ético del orden teórico y praxiológico para el desarrollo de la ciencia, pues su objeto de discusión se convierte en objeto de estudio para los agentes que intervienen en el proceso de germinación tecnológica en la sociedad, possibilitando identificar los elementos éticos técnico-filosóficos, que minimicen los problemas que se puedan generar en su incorporación y adaptación, así como vincular los niveles de responsabilidad de cada uno de sus actores. (GÓMES, 2017, p. 145).

Assim, com a tecnociência cada vez mais pautando a saúde, podem-se encontrar bons exemplos de seu uso, tanto com a questão da inteligência artificial e as big datas, quanto com o as máquinas que aprendem e o uso de robôs para realizar procedimentos cirúrgicos, esses exemplos do uso da tecnociência são interessantes a nossa sociedade. Também se pode retratar o uso dessas tecnologias na pandemia de covid-19, sendo elas indispensáveis, com a construção de sistemas e na busca de como seria a melhor forma de combate ao vírus, e diminuição dos danos causados pela crise sanitária global.

Ocorre, que esse artigo não busca negar que a tecnologia é boa e um fator de desenvolvimento da humanidade como um todo, mas sim explicar que existem dois lados da moeda, e que também se precisa falar sobre questões que são mais perversas sobre essa narrativa. Existem fatores que podem contribuir para que o mundo, normalmente baseado na questão do poder econômico, seja dividido cada vez mais entre os detentores de capital, e das nações mais pobres, sendo isso alimentado pela tecnologia de ponta desenvolvida por países que tem condições de desenvolvê-las.

O acesso às novas tecnologias, inerentemente tem uma questão econômica que faz um paralelo entre o acesso e também a possibilidade de acesso, por nações que não possuem economias desenvolvidas e saudáveis. Isso gera uma brutal desigualdade onde a saúde se torna um bem de mercado que deve ser vendido por altos preços pelo capitalismo e pela lógica neoliberal, retirando uma boa parte do caráter humanitário das inovações de saúde que servem para melhorar as condições de vida, mas assim, perdem seu contexto sociocultural ao virar um produto que precisa e deve dar lucro para grandes corporações.

Os dados apresentados demonstram uma grande vulnerabilidade dos países mais pobres, visto que eles não conseguem investir em tecnologia de ponta, e suas condições médicas e sanitárias se tornam antiquadas e antigas. Essa é uma narrativa cruel onde milhões de pessoas padecem de doenças apenas por falta de um tratamento adequado, fazendo com que cada vez mais doenças apareçam, pela falta de cuidado e de políticas públicas, que aliadas à tecnologia aumentem a saúde em toda a nação.

Com isso é necessário a existência de ramos do saber jurídico para tentar reverter ou pelo menos amenizar a desigualdade, para que um discurso pautado nos Direitos Humanos possa ser o foco das políticas públicas de saúde, e não uma mera questão de ganho de capital. O direito a saúde é um dos direitos basilares, pois sem ele sequer se teria condição de exercer os outros direitos, tão importantes, como os que estão elencados no nosso artigo 5º da Constituição Federal do Brasil.

A desigualdade causada pela falta do acesso à saúde é bastante cruel, e precisa ser analisada visto que é possível criar um contraponto entre os fatores positivos que a tecnociência nos traz, para tornar isso um facilitador do acesso a saúde para toda humanidade. Frente a isso é importante que o discurso seja sempre em prol de uma saúde social e não uma mercantil, que apenas está em busca de números e valores de capital cada vez mais elevado.

Frente ao problema apresentado em forma de pergunta no início deste artigo, pode-se responder que a tecnociência cria sim um fator de desigualdade no acesso a saúde, principalmente pela questão econômica e a radical diferença entre nações e suas possibilidades quanto a recursos e pesquisas científicas. Porém, em um pensamento mais humanista, pode-se também encontrar soluções em que, baseado em uma cooperação internacional, as pessoas podem ter acesso a saúde mais pleno com o desenvolvimento de políticas sociais fortes e tratados que falam sobre o assunto.

Na hipótese inicial, afirmou-se que a tecnociência, mesmo sendo um fator positivo no quesito inovação, pode se tornar um grave fator de desigualdade na questão do acesso à saúde, principalmente em países em desenvolvimento que não contam com um grande poder

econômico real. Essa informação, conforme a análise de dados e de doutrinas sobre o assunto, fica no presente artigo confirmada, baseado em dados bastante substanciais que refletem a realidade global na questão do direito a saúde como fundamental e o seu necessário acesso por todos, desde a população mais rica até a mais pobre.

Conclui-se que a busca por um mundo mais saudável, e com mais opções de acesso à saúde, não é uma luta que deve se estender só aqueles que hoje por motivos econômicos sofrem para conseguir ter alento para suas doenças, mas uma corrida ao qual interessa ao mundo todo. Os Direitos Humanos e fundamentais sempre devem ser a pauta das nações democráticas, pois o direito a saúde é um dos direitos mais importantes que existem e necessitam sempre de inovação e cuidado por parte da ciência e por parte das nações que se preocupam com os progressistas do bem-estar social e da democracia.

REFERÊNCIAS

ALVES, Nathalia Guimarães; VARGAS, Marco Antonio; MREJEN, Matias. Ciência, tecnologia e inovação em tempos de pandemia: implicações da Covid-19. **Cadernos do Desenvolvimento**, p. 145, 2021. Disponível em: <https://www.resbr.net.br/wp-content/uploads/2021/03/CEIS-4.0-no-contexto-da-Covid-19-Cadernos-do-Desenvolvimento.pdf#page=146>. Acesso em 17 abr. 2021.

BINDA FILHO, Douglas Luis Binda; DE LEMOS, Letícia Pereira; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Inteligência artificial a serviço do homem: o uso da robótica em práticas cirúrgicas e de reabilitação—desafios bioéticos. **Derecho y Cambio Social**. n. 63, jan/mar. 2021. Disponível em: https://www.derechoycambiosocial.com/revistao63/Inteligencia_artificial_a_servi%C3%A7o_do_homem.pdf. Acesso em: 09 jul. 2021.

BINDA FILHO, Douglas Luis; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Telemedicina em tempos de pandemia: serviços remotos de atenção à saúde no contexto da covid-19. **Humanidades e tecnologia (FINOM)**, v. 25, n. 1, p. 115-133, 2020. Disponível em: http://revistas.icesp.br/index.php/FINOM_Humanidade_Tecnologia/article/view/1290. Acesso em: 16 abr. 2021.

CAVALLI, Tassia Teixeira de Freitas Bianco Ermano; PARCHEN, Charles Emanuel; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. O mito da democracia digital no Brasil. **Direito e Desenvolvimento**, v. 12, n. 1, p. 112-127, 29 jul. 2021. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/1330>. Acesso em: 30 set. 2021.

CASADELI, Thomas; GONÇALVES, Maria Célia da Silva; SALARDI, Silvia; ZAGANELLI, Margareth Vettis. Saúde e novas tecnologias: ciência e inovação em tempos de COVID-19. **Humanidades e tecnologia (FINOM)**, v. 25, n. 1, p. 05-09, 2020. Disponível em: http://revistas.icesp.br/index.php/FINOM_Humanidade_Tecnologia/article/view/1303. Acesso em: 18 abr. 2021.

FORVILLE NETO, Silvio; TOCACH, Regis. Abuso de direito em tecnociência. Programa de Apoio À Iniciação Científica, v. 16, n. 1, p. 489-502, 2015. Disponível em: <https://cadernopaic.fae.emnuvens.com.br/cadernopaic/article/view/110>. Acesso em: 06 jul. 2021.

GÓMEZ, Jairo Andrés Villalba. Problemas bioéticos emergentes de la inteligencia artificial. *Diversitas*, v. 12, n. 1, p. 137, 14 jun. 2016. Universidad Santo Tomas. <http://dx.doi.org/10.15332/s1794->

9998.2016.0001.10. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/679/67945904010.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2021.

FLORES, Joaquín. A (re)invenção dos direitos humanos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

KARASINSKI, Murilo. Pós-Humanismo, Transumanismo, Anti-Humanismo, Meta-Humanismo e Novos Materialismos. *Revista de Filosofia Aurora*, v. 31, n. 54, p. 958-971, 9 dez. 2019. Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. <http://dx.doi.org/10.7213/1980-5934.31.054.tdoi>. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/aurora/article/view/24707>. Acesso em: 08 jul. 2021.

LORENZETTI, Jorge; TRINDADE, Letícia de Lima; PIRES, Denise Elvira Pires de; RAMOS, Flávia Regina Souza. Tecnologia, inovação tecnológica e saúde: uma reflexão necessária. *Texto & Contexto - Enfermagem*, v. 21, n. 2, p. 432-439, jun. 2012. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0104-07072012000200023>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/tce/a/63hZ64xJVrMf5fwsBh7dnnq/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 08 jul. 2021.

MAIA, João Jerónimo Machadinha. HUMANO, PÓS-HUMANO E TRANSUMANO: fronteiras dúbias e indefinidas num mundo desigual. *Revista de História das Ideias*, v. 35, p. 47-70, 17 set. 2018. Coimbra University Press. http://dx.doi.org/10.14195/2183-8925_35_3. Disponível em: https://impactum-journals.uc.pt/rhi/article/view/2183-8925_35_3. Acesso em: 08 jul. 2021.

MASSOLA, S. C.; PINTO, G. S. O USO DA INTERNET DAS COISAS (IOT) A FAVOR DA SAÚDE. *Revista Interface Tecnológica*, v. 15, n. 2, p. 124-137, 2018. DOI: 10.31510/infa.v15i2.515. Disponível em: <https://revista.fatectq.edu.br/index.php/interfacetecnologica/article/view/515>. Acesso em: 28 jul. 2021.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) 15 dez. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 15 jul. 2021.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. A emergência do direito da saúde. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, v. 5, n. 3, p. 180-200, 30 set. 2016. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitario*. <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v5i3.332>. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/332>. Acesso em: 07 jul. 2021.

ROCHA, Renata Oliveira da. Direito à saúde e o compartilhamento democrático do acesso às tecnologias médicas avançadas. *Direito Unifacs – Debate Virtual*, Salvador, Bahia, n. 155, p. 1-22, 2013. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2626>. Acesso em: 08 jul. 2021.

RODOTÀ, Stefano. Pós-humano. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 27, n. 01, p. 113-144, 2021. Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCivil. <http://dx.doi.org/10.33242/rbdc.2021.01.006>. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc>. Acesso em: 08 jul. 2021.

UNFPA. World population dashboard. **United Nations Population Fund**. 2021. Disponível em: <https://www.unfpa.org/data/world-population-dashboard>. Acesso em: 13 jul. 2021.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

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

VOZ REPRODUZIDA POR IA ACELERA REFLEXÕES
SOBRE A NECESSIDADE DA PROTEÇÃO DA
PERSONALIDADE EM AMBIENTE VIRTUAL

DIRCEU PEREIRA SIQUEIRA
FAUSTO SANTOS DE MORAIS
LUCIMARA PLAZA TENA

VOZ REPRODUZIDA POR IA ACELERA REFLEXÕES SOBRE A NECESSIDADE DA PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE EM AMBIENTE VIRTUAL

VOICE REPRODUCED BY AI ACCELERATES REFLECTIONS ON THE NEED FOR PERSONALITY PROTECTION IN A VIRTUAL ENVIRONMENT

Recebido: 02/09/2021
Aprovado: 01/01/2023

Dirceu Pereira Siqueira¹
Fausto Santos de Moraes²
Lucimara Plaza Tena³

RESUMO:

O presente artigo objetiva refletir sobre a situação jurídica da voz que é reproduzida por intermédio da Inteligência Artificial (IA). O método utilizado é o hipotético-dedutivo, logo, a hipótese testada é se o desenvolvimento da tecnologia em seus diversos aspectos, impõe um novo olhar para a personalidade que se projeta no ambiente virtual. A metodologia consistiu na revisão bibliográfica em obras jurídicas, artigos científicos, legislação, além de consultas em notícias da mídia em razão da mutabilidade imposta pelo desenvolvimento tecnológico. Para contextualizar a hipótese, o estudo trouxe para análise o caso que envolveu a criação da voz do cantor sul coreano, Kim Kwang-Seok, falecido em 1996. A conclusão da pesquisa mostra que houve o desdobramento da personalidade do artista para a formação de uma outra personalidade, qual seja, a virtual. Nesse sentido, os resultados obtidos indicam que o tema não se esgota na constatação evidenciada nas considerações finais, uma vez que a nova personalidade criada se encontra desamparada e vulnerável, principalmente quando a pessoa que a ela pertence é falecida. Os riscos reais, que à primeira vista são dirigidos aos direitos da personalidade, podem se expandir e causar instabilidades à democracia, o que também justifica o artigo.

Palavras-chave: Direitos da Personalidade. Inteligência Artificial (IA). Kim Kwang-Seok. Personalidade Virtual. Democracia em Risco.

¹ Coordenador e Professor Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade Cesumar, Maringá, PR (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) e do Centro Universitário Unifafibe (UNIFAFIBE), Professor Convidado do Programa de Mestrado University Missouri State - EUA, Editor da Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Qualis B1), Consultor Jurídico, Parecerista, Advogado. E-mail: dpsiqueira@uol.com.br

² Doutor em Direito (UNISINOS), Docente da Escola de Direito e do PPGD IMED, Editor Chefe da Revista Brasileira de Direito (RBD) e da Revista Brasileira de Inteligência Artificial e Direito (RBIAD), Fundador da Associação Ibero Americana de Direito e Inteligência Artificial (AID-IA), pesquisador com fomento da Fundação Meridional, Advogado. E-mail: faustosmoraes@gmail.com

³ Doutoranda em Direito pela Universidade Cesumar (Unicesumar) (2019-2022). Bolsista em período integral PROSUP/CAPES pelo Programa de Pós-Graduação, sob a orientação do Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira. Mestra em Ciências Jurídicas pelo Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar (Unicesumar) (2015); Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP); Graduada em Direito (1999) e Administração (1994), ambos pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). E-mail: luciplaza@hotmail.com

ABSTRACT:

This article aims to reflect on the legal situation of the voice that is reproduced through Artificial Intelligence (AI). The method used is the hypothetical-deductive, so the tested hypothesis is whether the development of technology in its various aspects, imposes a new look at the personality that is projected in the virtual environment. The methodology consisted of a bibliographic review of legal works, scientific articles, legislation, in addition to consultations in media news due to the mutability imposed by technological development. To contextualize the hypothesis, the study brought to analysis the case that involved the creation of the voice of the South Korean singer, Kim Kwang-Seok, who died in 1996. The conclusion of the research shows that there was an unfolding of the artist's personality for the formation of another personality, that is, the virtual one. In this sense, the results obtained indicate that the theme is not limited to the evidence evidenced in the final considerations, since the new personality created is helpless and vulnerable, especially when the person who belongs to it is deceased. The real risks, which at first sight are directed at the rights of the Personality, can expand and cause instability to democracy, which also justifies the article.

Keywords: Rights of the Personality. Artificial Intelligence (AI). Kim Kwang-Seok; Virtual Personality. Democracy at Risk.

Journal of Economic Literature (JEL): K10; K11; K15; K20; K24; O30; O31; O33; O34.

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico é inevitável e irreversível, logo, é preciso se adaptar a essa realidade e buscar a redução dos riscos e a maximização dos benefícios trazidos por ele. Os anos de 2020/2021 foram severamente afligidos pelos efeitos da pandemia da Covid-19: crise nos diversos setores da sociedade, como na saúde, economia e política. A despeito de todo o sofrimento experimentado, sem os recursos tecnológicos a vida no planeta teria sido ainda mais difícil.

No entanto, apesar da indispensabilidade da tecnologia, é imprescindível refletir sobre os limites éticos e técnicos dessa 4ª Revolução Industrial. Não se trata de impedir o progresso, tão necessário para o bem estar da sociedade, mas de compreender até onde se pode ir e se vale a pena lá chegar; e, se a pesquisa decidir ir adiante e trilhar caminhos não conhecidos, o doente não será morto junto com a doença; que limite ético não é sinônimo de atraso, mas de precaução; que segurança técnica na elaboração e uso de novos recursos tecnológicos significa também eficiência, e não apenas excesso de zelo, pois a mente humana é um mistério e não é possível saber se a pessoa que está à frente é um anjo ou demônio. Alguns seres somente se revelam quando recebem o poder, como diria Maquiavel.

Dito isso, o presente artigo objetiva refletir sobre a situação jurídica da voz que é reproduzida por intermédio da Inteligência Artificial (IA). Para contextualizar o estudo os autores trouxeram para a análise o caso que envolveu a criação da voz cantada do artista sul coreano, Kim Kwang-Seok, falecido em 1996. Algumas questões envolvendo o fato despertam reflexões, como: seria a voz um direito da personalidade e, portanto, mereceria tutela? Por que se preocupar que uma IA reproduziu a voz de um cantor já falecido? Não estaria a empresa que desenvolveu o projeto apenas desejando dar continuidade a obra do artista e desse modo não há o que se falar em riscos ou prejuízos? Quais os desdobramentos desse Frankenstein

moderno e virtual, bem como a importância e significado a ser atribuído a essa voz? O texto analisa alguns aspectos dessas inquietações.

O método utilizado é o hipotético-dedutivo, logo, a hipótese testada é se o desenvolvimento da tecnologia em seus diversos aspectos, impõe um novo olhar para a personalidade que se projeta no ambiente virtual, como na situação de Kim Kwang-Seok, que apareceu cantando uma canção que não tinha sido gravada por ele enquanto pessoa viva. A metodologia consistiu na revisão bibliográfica em obras jurídicas, artigos científicos, legislação, além de consultas em notícias da mídia em razão da mutabilidade imposta pelo desenvolvimento tecnológico.

A conclusão do estudo mostra que houve o desdobramento da personalidade Kim Kwang-Seok para a formação de uma outra personalidade, qual seja, a virtual. Nesse sentido, os resultados obtidos indicam que o tema não se esgota na constatação evidenciada pela conclusão, uma vez que a nova personalidade criada se encontra desamparada e vulnerável, principalmente quando a pessoa que a ela pertence é falecida. Os riscos reais, que à primeira vista são dirigidos aos direitos da personalidade, podem se expandir e causar instabilidades à democracia, o que inevitavelmente justifica a presente pesquisa.

2. AMOR À ARTE OU DESAFIOS PARA UMA IA ENFRENTAR: O CASO DE KIM KWANG-SEOK

Em fevereiro de 2021, diversos órgãos de imprensa noticiaram o que até então parecia impossível: a ressuscitação! Ou seria o fenômeno da imitação quase perfeita! Independente da linguagem poética eventualmente utilizada, o fato é que pesquisadores conseguiram algo surpreendente a partir de um software de Inteligência Artificial (IA): reproduziram a voz do famoso cantor da Coreia do Sul, Kim Kwang-Seok, falecido em 1996.

Em um programa de TV daquele país, Kim foi apresentado cantando uma música que não tinha sido gravada por ele antes da sua morte. (BBC NEWS, 2021). A família do artista reagiu bem a iniciativa, mas, tal sentimento não se deu com outras pessoas, a exemplo do entrevistado Im Uk-jin, que mostrou preocupação com a possibilidade da IA estar imitando habilidades e hábitos próprios dos seres humanos e dessa forma substituí-los. (BBC NEWS, 2021).

A emissora de televisão SBS, responsável pela produção da história, contratou a startup sul-coreana Supertone, que a partir do software *Singing Voice Synthesis* (SVS - Síntese de Voz de Canto), recriou a voz de Kim Kwang-Seok (TECMUNDO, 2021). Dessa forma, “o programa aprendeu 20 das músicas do artista”, captou “o jeito que ele falava”, e ainda, conforme os idealizadores do projeto, “traços da emoção humana no canto e na fala” de Kim. (BBC NEWS, 2021). Para o efeito apresentado na rede de TV, a voz do sistema, ou o programa criado para reproduzir a voz do cantor, foi treinada em mais de “700 canções de vários artistas para aprender técnicas de entonação e ritmo.” (ISTOÉ, 2021).

Em 25 de dezembro de 2020, determinada notícia veiculada no site da UOL, comentou alguns casos de reprodução de vozes de cantores já falecidos, a partir do uso da IA. De acordo com a matéria os resultados obtidos, até então, não eram considerados perfeitos. Por exemplo,

[...] o grupo DADABOTS [...] formado por CJ Carr e Zack Zukowski, músicos e cientistas da computação, fez Frank Sinatra cantar Toxic, de Britney Spears, com a ajuda da rede neural Jukebox, da empresa OpenAI. O resultado final ainda não é perfeito, mas é satisfatório. Apesar da baixa qualidade do som, é possível entender tudo o que o Frank Sinatra fake canta e, por mais que a voz não seja exatamente idêntica ao do cantor, o timbre e os trejeitos lembram muito o Old Blue Eyes.

Na Coreia do Sul, um programa de TV diz ter usado IA para recriar a voz do cantor Turtleman, que morreu em 2008, com 37 anos. Ele apareceu como holograma cantando

uma música ao lado de dois membros da banda em que o cantor já falecido era vocalista. (VARELLA, 2020).

Varella (2020) menciona na notícia veiculada em dezembro de 2020, o programa de TV da Coreia do Sul que recriou a voz de Kim Kwang-Seok, contudo não faz qualquer referência aos resultados alcançados. Entretanto, as notícias publicadas em fevereiro de 2021 mostraram que programa para a reconstrução da voz de Kim alcançou resultados surpreendentes.

O professor Giordano Cabral (Universidade Federal de Pernambuco), “um dos pioneiros na composição de músicas utilizando IA” (VARELLA, 2020), explica que já é possível “criar uma obra, a partitura, a harmonia e até a letra com um bom banco de dados. Além disso, com a vantagem de já saber que a música criada não é plágio, já que o sistema não copia as frases das canções, mas apenas o padrão.” (VARELLA, 2020).

Essa questão de não existir plágio é algo delicado para se afirmar, principalmente quando se está falando do mundo computacional, de universo virtual e como que os direitos devem ser analisados quando transitam pelo universo virtual. A pergunta é: o que significa esse padrão mencionado por Cabral? Não estaria ele inserido dentro do ramo direitos da personalidade resignificado para esse outro ambiente?

Segundo o professor, existem muitos fatores que a IA precisa levar em consideração na hora de recriar a voz de um cantor famoso. São elementos como afinação, como o cantor divide ritmicamente a música, o sotaque para cada fonema, entre outras tantas variáveis. (VARELLA, 2020).

Nesse sentido, parece que o experimento coreano alcançou os requisitos mencionados por Cabral, uma vez que para reproduzir a voz de Kim a IA aprendeu 20 músicas do próprio artista (BBC NEWS, 2021), e mais de 700 canções de cantores diferentes “[...] para aprender técnicas de entonação e ritmo” (ISTOÉ, 2021), como anteriormente mencionado.

Para Joana Mariz, coordenadora do curso de Pós-graduação em Pedagogia Vocal e professora de Canto da Faculdade Santa Marcelina, existe um fator muito humano que vai ser difícil para qualquer máquina emular. “O som da gente é a manifestação sonora de algo que está acontecendo no corpo. Isso é algo psicofísico. O canto é sobre comunicação e comunicação tem uma intenção por trás, mas as máquinas não têm intenção, não têm personalidade, opinou. (VARELLA, 2020).

Pontua-se que as notícias comentaram que para o êxito do experimento foi utilizada uma quantidade razoável de vozes, o que pode ser compreendido, por certo, como dados pessoais de cantores. Aparentemente não há registros da origem e quais foram as vozes utilizadas, nem se houve ou não autorização de uso, desse bem e que pode ser visto como um direito de personalidade do indivíduo e não simplesmente um direito patrimonial. Os autores retornarão a diante na análise dessa questão, isto é, banco de dados formado pelo registro de vozes. Varella ainda comenta que “a gravação” de músicas inéditas usando vozes de artistas que já morreram também suscita outra questão importante, a dos direitos do uso da voz. Segundo Gabriel Couto, advogado especialista em propriedade intelectual e sócio da NDM Advogados.” (2020).

É certo que o programa de TV que criou a narrativa da “ressuscitação” de Kim, não o fez apenas para atender aos desejos dos fãs que sentiam a falta de seu cantor preferido. A publicidade envolvida obviamente trouxe visibilidade para a emissora, para além do espaço territorial da Coreia do Sul. Esse artigo, por exemplo, se interessou em pesquisar um caso que geograficamente está do outro lado do mundo! O experimento da reprodução da voz é na verdade um desafio para a IA. Até onde ela pode chegar? Definitivamente o céu já não é mais o limite!

3. DA VOZ E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Da mesma forma que a imagem, a voz do indivíduo goza de proteção, pois se constitui direito da personalidade autônomo. (LEONARDI, 2013 apud EDUARDO, 2015, p. 1916). À vista disso, dispõe jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “A voz humana encontra proteção nos direitos da personalidade, seja como direito autônomo ou como parte integrante do direito à imagem ou do direito à identidade pessoal.” (BRASIL, 2019).

A voz pode trazer a memória do destinatário lembranças, bem como criar emoções das mais diversas. O que dizer, por exemplo, do bebê que se acalma com o som da voz ou o canto da mãe! Por esse aspecto único da voz, Oliveira defende que ela compõe “uma extensão sonora da personalidade.” (1996, p. 70, apud EDUARDO, 2015, p. 1916). De qualquer forma é fundamental frisar que os proveitos que podem ser retirados do recurso de IA que reproduz a voz humana com perfeição, vão além dos direitos de propriedade ou de personalidade.

Os direitos da personalidade estão elencados no Código Civil Brasileiro, entre os artigos 11 ao 21. (BRASIL, 2002). Tendo em vista que se trata de cláusula aberta, se admite que a proteção seja ampliada para acomodar as mudanças e evolução da sociedade, como a que se propõe nesse estudo. A evidência de que há uma personalidade virtual, a qual se originou do desdobramento da personalidade presente no ambiente físico, mostra que ela está em processo de ressignificação, evolução e transformação. Campos Silva que também menciona a ressignificação da personalidade, contudo a partir da perspectiva do avatar, traz a reflexão de Dray em relação aos propósitos da proteção da personalidade em sua origem:

A ideia de pessoa não está necessariamente, quanto à sua origem, associada aos propósitos da sua tutela. Como sublinha MENEZES CORDEIRO, a ideia de pessoa impôs-se, no Direito, como instrumento técnico para assegurar a organização econômica e social, tornando operacional a figura de troca e, por essa via, do contrato e da propriedade. (DRAY, 2006, p. 5 apud CAMPOS SILVA, 2013a, p. 319).

A humanidade vive a 4ª Revolução Industrial⁴, a qual é impulsionada pela tecnologia. Como no passado, quando a ideia de pessoa se impôs como resposta aos movimentos sociais da época, criando espaço para o surgimento dos direitos da personalidade, os quais tinham por objetivo blindar o indivíduo “de possíveis lesões, sejam elas oriundas das relações interpessoais, sejam elas originárias da esfera pública” (CAMPOS SILVA, 2013b, p. 163), na atualidade a ideia de uma personalidade virtual resgata uma antiga urgência. O mundo físico está conectado indissolúvelmente ao virtual: essa nova condição precisa de organização e regulamentação, principalmente no que tange aos direitos da personalidade e fundamentais.

No que tange ao cantor sul coreano a situação que se apresenta é a imitação da sua voz a partir de uma ferramenta de IA. A voz reproduzida com o uso do software foi apresentada como sendo do artista, ou seja, a pessoa de Kim foi resgatada (ressuscitada) e sua personalidade acessada para dar vida, isto é, identidade vocal a música que a máquina reproduzia.⁵ Eduardo (2015, p. 1916) comenta que “o direito à voz é tão inerente à pessoa, que não necessita de nenhum fato jurídico a mais para se afirmar enquanto direito; por isso que é personalíssimo. É da pessoa que emana o direito à voz”. Explica o referido autor:

A voz é uma reprodução sonora dos seres humanos em que a sua articulação é promovida pelas pregas vocais em conjunto com os lábios, os dentes, a língua e as bochechas. É um

⁴ Fundamentada na revolução digital, A 4ª Revolução Industrial é fundamentada na revolução digital e surge no início dos anos 2000, provocando relevantes rupturas em todo o cenário social. “É caracterizada por uma internet mais ubíqua e móvel, por sensores menores e mais poderosos que se tornaram mais baratos e pela inteligência artificial e aprendizagem automática (ou aprendizado de máquina).” (SCHWAB, 2016, p. 19).

⁵ Esse acesso a voz pode ser visto como um desdobramento da personalidade do artista para transitar no universo virtual.

som com o ânimo do ser humano, influenciado pelo corpo, sendo meio de expressão da personalidade, instrumento de comunicação, de interpretação artística e, até mesmo, de trabalho. (EDUARDO, 2015, p. 1917).

Oportuno mencionar as diferenças entre a voz falada e a cantada, a fim de que se possa compreender a extensão do direito da personalidade. Segundo Mello, a voz falada é a “[...] transformada em fala, impregnada pelo caráter subjetivo profundo de motivos, intenções, necessidades e emoções”. Já voz cantada “é a capacidade de produzir melodia e ritmo”, sendo que a ela nem todos têm direito, uma vez que “[...] exige a qualidade da pessoa ter a voz adequadamente emitida e articulada para promover o canto.” (MELLO, 1990 apud EDUARDO, 2015, p. 1918).

Da mesma maneira que o programa de IA reproduziu a voz *cantada* de Kim, também poderia fazê-lo em relação a voz *falada*. Os destinos para esse recurso vão desde fins terapêuticos, políticos, militares, econômicos ou controle e vigilância em ambiente de trabalho e social.

3.1 DA VOZ HUMANA CONSTRUÍDA DIGITALMENTE: A QUEM PERTENCE?

A voz humana construída por intermédio de um sistema de IA, por mais parecida que seja com a aquela utilizada para a sua inspiração, não é a da pessoa a quem pertence a voz. São imitações perfeitas que podem confundir, levando o destinatário a erro sobre a autenticidade da voz. Essa confusão tem o condão de gerar problemas nas relações privadas e públicas, atingindo direitos fundamentais, de personalidade e ao Estado Democrático de Direito em diversos aspectos.

O aperfeiçoamento dessa técnica de imitação de voz sem monitoramento técnico, ético bem como com a devida transparência e publicidade pode comprometer sistemas nos quais se firmam a sociedade. Por exemplo, em situações em que a voz humana é utilizada como prova judicial, sem que exista ou esteja disponível, um meio técnico de reconhecer a sua autenticidade ou a quem pertence. Em situações como essa, pessoas podem ser acusadas ou absolvidas indevidamente.

Toda a evolução técnica que por ventura forneça mais arsenal para a liderança militar, terrorista ou econômica, justifica reflexões pautadas no princípio da precaução. Já se sabe, por exemplo, que o *deepfake* reproduz a imagem do indivíduo ainda imperfeitamente, não obstante, é uma questão de tempo para que se aperfeiçoe e se torne imperceptível para o olho nu. Uma reprodução de voz aliada à da imagem *fake*, pode provocar instabilidades, principalmente em períodos de campanhas eleitorais, quando informações maliciosamente manipuladas provocam incertezas no íntimo dos eleitores. Um áudio *fake* vazado na mídia a véspera de uma eleição, tem condições de alterar os resultados das urnas. Ainda que o mesmo seja posteriormente periciado, identificada a origem da mensagem enganosa e punidos os responsáveis, o prejuízo já ocorreu e em determinadas situações é impossível o retorno ao *status quo ante*. Logo, as reflexões aqui trazidas não são vazias de propósito e nem além da imaginação, pois se sabe, uma vez que já ocorreram graves prejuízos aos Estados e populações em razão do mau uso dos recursos tecnológicos.

No início do ano de 2021 quando a mídia noticiou que um sistema de IA teria reproduzido com exatidão a voz cantada de um cantor falecido, algumas dúvidas surgiram, principalmente quanto aos aspectos econômico e patrimonial do direito de reprodução e conseqüentemente uso daquela voz. Percebeu-se que o processo de atribuir a propriedade da titularidade da voz para um ou para outro, requeria refletir sobre a natureza jurídica daquela expressão da

personalidade de Kim, dentro de um contexto paralelo ao material (físico), qual seja, o virtual, mas que reflete nesse físico, em um contínuo processo autopoietico.

Dentro dessa perspectiva de indispensáveis reflexões, alguns questionamentos precisam ser mencionados e observados para que se construa ponderações razoáveis sobre esse direito de personalidade. São eles:

a) a quem pertence o retorno financeiro da comercialização da voz?

O sistema de IA que criou a reprodução da voz do cantor se utilizou de mais de 700 vozes diferentes para treinar o *software*. Essas vozes são os dados que alimentaram o programa. Pergunta-se:

a.1) Houve a autorização dos proprietários desses dados (vozes) para que os mesmos fossem empregues no treinamento? Houve o pagamento dos direitos autorais aos cantores das vozes utilizadas, uma vez que a emissora de TV teve ganhos econômicos? Dos textos que os autores tiveram acesso para consulta, nada especificavam sobre esse detalhe. Observe que se assim aconteceu, direitos à autodeterminação informativa e privacidade foram violados sem os proprietários deles tivessem conhecimento dessas pessoas foi violado sem autorização e ganhos foram obtidos sem qualquer pagamento. (PERES; SIMÃO FILHO, 2021, p.52).

Em abril de 2021 o site Webmaster Turbo noticiou a criação de um *chatbot*⁶ Einstein pela *startup* Alforithmic. A versão digital do cientista se trata de “[...] uma voz sintetizada que foi (re)criada usando a tecnologia de clonagem de voz de IA baseada em gravações de áudio da voz real” (WEBGUSSEN, 2021) de Einstein. A ideia futura é o comércio social de conversação e que seja possível o uso de figuras históricas. A notícia informa que é preciso observar os direitos de licenciamento, como no caso do cientista, os quais estão com a Universidade Hebraica de Jerusalém, parceira do projeto. Comenta ainda que há “um desafio legal e/ou ético para a criação de tais ‘clones digitais’ de humanos vivos”: (WEBGUSSEN, 2021), pedir e pagar.

a.2) Houve autorização da família do cantor falecido para que a voz dele fosse reproduzida a partir de um sistema de IA, cantando uma canção que não tinha sido gravada por ele enquanto vivo? Aparentemente sim, pois os textos informam que os familiares gostaram do resultado produzido pela IA

b) Do testamento como salvaguarda para o direito de personalidade

Nesse tópico o que se questiona é se o cantor falecido deixou autorizado em testamento o uso póstumo de sua voz ou imagem, seja para os herdeiros ou empresa detentora dos direitos autorais. Talvez à época em que o cantor estivesse vivo, o sistema tecnológico que permitia a reprodução da voz com a utilização da IA, não produzisse bons resultados a ponto de preocupar o artista. Desse modo, não havia razão para autorização ou não quanto ao uso ou reprodução autêntica ou por meios artificiais da voz.

Contudo, independentemente da existência ou não de tecnologia, há artistas que já proibiam que após o falecimento, que as suas obras tivessem continuidade, pelas mãos de outros profissionais. Um exemplo é do cartunista Charles M. Schulz, responsável pela série *Peanuts*, da turma do Charlie Brown. Desde 2000, ano da sua morte, nenhum trabalho teve autorização para publicação (a pedido de Charlie (MIRANDA, 2010), enquanto ainda em vida), contudo, em 2011, seu filho, Graig Schulz, não apenas permitiu, como também auxiliou na criação de novos roteiros para a turma do Charlie Brown. (OTEMPO, 2011).

c) Comparação do cantor humano com o sistema de IA

A reprodução artificial da voz de um artista, como é o caso que se analisa, pode gerar desconforto no sentido de que a máquina estaria se apropriando de parte da personalidade do indivíduo. Mas, é importante refletir também sobre o paralelo de uma pessoa estar a reproduzir

⁶ “O *chatbot* é um programa de computador programado para simular conversas pela internet. O *chatbot* responde perguntas como se fosse um ser humano, graças à inteligência artificial.” (PATEL, 2021).

a voz do cantor, com o seu próprio aparelho vocal, e nesse sentido quais as consequências de uma situação como essa?

c.1.) Como mencionado, existe a questão da identidade vocal, que imediatamente liga a pessoa ao dono da voz. A reprodução sem autorização tem o condão de levar a condenação em de direitos autorais, indenização ou mesmo a vedação da imitação.

c.2.) Mas, e se o indivíduo tem o timbre de voz semelhante a de um cantor famoso? Não se trata de imitação, mas que o seu aparelho vocal reproduz a voz de forma análoga ao do outro, a ponto de não se saber quem está falando ou cantando, a exemplo das cantoras sertanejas Marília Mendonça e Yasmim, ou ainda Alcione e Luiza, da dupla também sertaneja, Luiza e Maurílio. Em tal situação não há o que se fazer, apenas cada uma deve resguardar a sua individualidade e identidade. Nesses dois exemplos mencionados as cantoras brincam com a semelhança.

Então, há os que defendem que não haveria empecilhos em um programa de IA reproduzir a voz de um cantor falecido ou não, uma vez que se trata de uma prática habitual no universo físico, desde que direitos os pertinentes sejam respeitados e conte com a autorização do proprietário da voz, quando for o caso.

A questão que envolve a IA é o seu poder de escala para a reprodução, a falta de transparência dos algoritmos, bem como violação de dados no que tange a captação de vozes sem autorização ou pagamento. Talvez a pergunta seja, o ser humano não age da mesma forma, isto é, não escuta uma infinidade de canções para desenvolver a técnica vocal para depois ter ganhos econômicos com sua voz? Sim, mas a pessoa criará a partir do treino a sua própria identidade vocal. No caso da IA, qual é a sua identidade vocal, uma vez que ela foi construída a partir ínfimos dados de pessoas? Um Frankenstein virtual! A máquina ou o resultado da IA, por melhor que seja ou mais próximo em perfeição que estiver do ser humano, não deixará de ser uma construção artificial, não-humana.

A identidade vocal do cantor é o que o torna único e especial perante aos seus fãs. O gênero musical escolhido por ele é outro aspecto que o liga ao seu público e atualmente, na era do Instagram aos seus seguidores. Ao gravar uma canção em um gênero que não o seu, ao mesmo tempo em que pode alcançar novos fãs, corre o risco de ter o seu trabalho repudiado. Nota-se que a relação do fã com o cantor está além do simples “gostar de”, por vezes há uma identificação pessoal com o artista.

Levando em conta isso, se houver a reprodução por IA da voz falada ou cantada de um determinado cantor, é imprescindível que o público daquele artista seja informado previamente. Desse modo, fica à critério do fã decidir se deseja ouvir aquela voz reproduzida pelo sistema de IA. A situação se torna delicada quando a voz do artista é utilizada em propagandas que eventualmente estariam em desacordo com o comportamento do mesmo. Imagine, por exemplo, um adepto do veganismo participando de campanhas publicitárias para estimular o consumo de produtos de origem animal.

Alguns casos, como no exemplo mencionado, são mais fáceis de serem resolvidos. O problema ocorre quando a ferramenta é utilizada para fins não lícitos. Impedir o desenvolvimento da tecnológica evidentemente não é o caminho, mas estabelecer limites técnicos e éticos é imprescindível.

Acredita-se que em algum momento essa tecnologia de reprodução de voz estará sendo comercializada. Fundamental que os idealizadores desse tipo de *software* se preocupem em criar dispositivo de segurança integrado ao projeto, de tal maneira que indique que a voz reproduzida é artificial. O ideal é tornar o produto imprestável caso essa “marca” que permite a identificação seja removida.

É claro que são sugestões para dificultar a reprodução indevida de uma voz para fins ilícitos, principalmente quando o tema envolve violação de direitos humanos e de personalidade, segurança nacional, estratégias militares ou comerciais ou estabilidade do estado democrático de direito. A lembrança do escândalo das eleições norte-americanas de 2016, é um modelo importante do uso da tecnologia de forma prejudicial. (HU, 2016)

Tendo em vista que a tecnologia para a reprodução de voz está em um processo de melhoria contínua, “a preocupação com o potencial dos *deepfakes* se tornarem uma ferramenta de desinformação também está aumentando [...]”. (WEBGUSSEN, 2021). A matéria da Webmater Turbo, publicada em abril de 2021, menciona que a proposta de “um rascunho de uma nova proposta legislativa sobre regras pan-EU para aplicações de inteligência artificial de ‘alto risco’ incluía algumas seções especificamente voltadas para falsificações profundas.” (WEBGUSSEN, 2021).

De acordo com o plano, os legisladores parecem dispostos a propor “regras de transparência harmonizadas” para sistemas de IA que são projetados para interagir com humanos e aqueles usados para gerar ou manipular conteúdo de imagem, áudio ou vídeo. Portanto, um futuro chatbot Digital Einstein (ou discurso de vendas) provavelmente precisará se declarar inequivocamente artificial antes de começar a fingi-lo – para evitar a necessidade de os usuários da Internet aplicarem um sistema virtual Voight-Kampff test. (WEBGUSSEN, 2021) [g.n].

A reprodução da voz por IA, como mencionado anteriormente, está a se aperfeiçoar continuamente, e algumas iniciativas parecem estar mais adiantadas do que outras. Em 2019, o site ‘Inteligência Artificial’ noticiou um roubo no qual os “criminosos usaram um *software* de inteligência artificial para gerar uma voz idêntica ao do presidente de uma empresa de energia” (INTELIGÊNCIA, 2019) na Inglaterra. Nesse caso, a empresa recuperou o dinheiro roubado uma vez que havia seguro. A preocupação das autoridades é que o *modus operandi* se torne corriqueiro. Não há dúvidas que isso irá acontecer, tanto é que “a empresa de segurança cibernética Pindrop relatou um aumento de 350% na fraude de voz entre 2013 e 2017. Uma em 638 dessas ligações foi gerada por um computador.” (INTELIGÊNCIA, 2019). É preciso encontrar meios técnicos e jurídicos de coibir tais condutas.

Mas, sabe-se que há empresas e Estados desenvolvendo tecnologias protegidas por segredo industrial. Vale dizer que em tais ‘ninhos’ de produção, qualquer conteúdo pode estar sendo criado e pouco importará a ética daqueles que não estão nas cadeias do alto comando. Entretanto, quando o objetivo também é a comercialização de uma ferramenta de reprodução de voz, defende-se que dispositivos de segurança, sejam indispensáveis. Tendo em vista as leis de proteção de dados, em vigência em diferentes países, a importação poderá inclusive estar condicionada ao nível de segurança que o produto oferece, por exemplo.

4. A PROTEÇÃO DA VOZ ARTIFICIAL COMO UM DIREITO DE PERSONALIDADE DA PESSOA HUMANA

Não se discute que de forma geral a voz humana, falada ou cantada, está protegida pelo Direito nos limites das suas características, seja em ambiente material/físico ou virtual. O uso indevido de uma voz sem autorização impõe indenização, isso é fato.

Mas, se a voz é “uma extensão sonora da personalidade” (OLIVEIRA, 1996, p. 70, apud EDUARDO, 2015, p. 1916), então é possível deduzir que o *software* de IA que reproduziu a voz de Kim, projetou artificialmente a personalidade do artista para o ambiente virtual. Nota-

se que houve um desdobramento da sua personalidade para o meio virtual, formando uma personalidade para o meio cibernético.

Uma vez que a personalidade projetada é real, que o mundo virtual é verdadeiro, embora imaterial, essa projeção encontra-se desamparada e vulnerável, logo necessitando de proteção do Direito, principalmente porque seu verdadeiro proprietário, já falecido, não responde mais por ela. A importância de um testamento se observa justamente em casos como esse, quando seria possível regular até onde se poderia ir a fim de não ferir a personalidade do indivíduo.

O Direito Civil brasileiro menciona no art. 2º, que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” (BRASIL, 2002). Esse fenômeno do direito acontece no plano físico. Note que o nascituro, por exemplo, embora esteja no plano físico, por não ter ainda nascido (com vida), mantém expectativa de direitos e outros que são característicos para lhe garantir o desenvolvimento até o momento do parto. Por outro lado, embora a personalidade da pessoa seja extinta com sua morte, a mesma poderá continuar a produzir efeitos *post mortem* os quais são protegidos juridicamente. O mundo virtual, em permanente desenvolvimento, tem oferecido ferramentas para eternizar a pessoa falecida e mantê-la viva. Situações como a mencionada gera sentimentos ambíguos aos familiares, que ora buscam o Judiciário para cessarem as projeções da personalidade, ora para continuarem. Em breve a sociedade irá testemunhar o Judiciário declarando a morte virtual de determinadas pessoas.

O Direito em diversas circunstâncias já protege a pessoa humana quando em ambiente virtual, por exemplo, quando alvo de injúria, calúnia, difamação nas redes, bem como quando vítima de crimes como *cyberstalking* ou estupro virtual. Nesses casos é a própria personalidade que é protegida. Mas, quando a agressão, como a tentativa de ganhos econômicos, é dirigida contra a personalidade virtual do indivíduo, nem sempre o Direito tradicional é capaz de oferecer salvaguarda suficiente.

Embora a construção permanente do mundo virtual contenha inúmeros fragmentos do físico, ele é um meio autônomo, distinto e inclusive com signos próprios não compartilhados com o outro mundo. Alguns pontos da Declaração de Independência do Ciberespaço, publicada em 1996, são fundamentais para clarificação dos argumentos expostos nesse estudo. Barlow, esclarece no documento qual a compreensão que se deve ter em relação a pessoa no ambiente virtual, e como devem ser as relações humanas e comerciais nesse espaço:

Seus conceitos legais sobre propriedade, expressão, identidade, movimento e contexto não se aplicam a nós. Eles são baseados na matéria. Não há nenhuma matéria aqui. Nossas identidades não possuem corpos, então, diferente de vocês, não podemos obter ordem por meio da coerção física. Acreditamos que a partir da ética, compreensivelmente interesse próprio de nossa comunidade, nossa maneira de governar surgirá. Nossas identidades poderão ser distribuídas através de muitas de suas jurisdições. (BARLOW, 1996).

Assim sendo, apesar da pessoa humana transitar nesse ambiente com a sua própria personalidade, em determinados momentos, reafirma-se, pode ocorrer o desdobramento dessa personalidade e a formação de uma outra, muitas vezes sem que o próprio indivíduo tenha consciência dessa nova condição vulnerável a que está exposto.

Ao contrário do ambiente físico em que a personalidade é única, percebe-se que no meio virtual o indivíduo pode ter várias (sem que isso seja visto necessariamente como um distúrbio psíquico), as quais se manifestam de formas distintas. O avatar, por exemplo, pode ser um desdobramento da personalidade física da pessoa, mas também pode ter uma personalidade que lhe é própria, e que também merece tutela do Direito. Essas criações e desdobramentos

formam um mosaico de personalidades que estão conectadas com o ambiente físico, ao seu titular, seja ele quem for, independentemente do local onde esteja.

No caso de Kim, a reprodução de sua voz criou um Frankenstein virtual, uma personalidade vocal que está ligada à sua física, sem a qual não poderia existir, porque a referência é o artista. Nesse contexto, ao se perguntar a quem pertence a voz criada a partir de um software de IA, a resposta só pode ser uma: pertence a kim, pois houve um desdobramento da sua personalidade física a partir de um artifício de IA para a sua criação.

Os direitos econômicos que virão desse empreendimento pertencem ao artista, no caso, aos seus herdeiros, porque na verdade é a projeção da sua personalidade que se desdobrou para o ambiente virtual. A empresa que criou o *software*, que proporcionou os recursos adequados para o treino dos algoritmos⁷ da IA, terá uma participação nos lucros, tal qual um empresário. Mas, aquela personalidade criada a partir da IA, continua pertencendo ao cantor e não a empresa.

É oportuno nesse momento da pesquisa pontuar que embora a IA tenha reproduzido com relativa perfeição a voz de Kim, o resultado é o de uma máquina que não tem consciência ou intencionalidade. Dessa forma oportunamente se refuta a alegação, de que o resultado obtido por ela seria semelhante àquele obtido por uma pessoa humana que reproduz a voz cantada de um artista famoso. Se rejeita ainda a tese de que se uma pessoa humana lapida sua voz cantada também com a audição de outras vozes, não haveria nenhum impedimento para que uma IA aprendesse a arte do canto, a partir de um banco de dados de vozes.

De fato, o programa aprende, reproduz, contudo não dispõe de interioridade e subjetividades que juntamente com a técnica e emoções próprias do ser humano alcança um resultado. Nesse sentido, o Argumento do Quarto Chinês (AQC) proposto por Searle, o qual questiona a Inteligência Artificial Forte (IA Forte), contribui e lança luzes para a compreensão do que se está expondo aqui em termos de direitos da personalidade.

Os computadores têm intencionalidade? Searle responde negativamente. O Argumento do Quarto Chinês (AQC), apresentado na obra de 1980 *Behavioral and Brain Sciences*, é uma hipótese na qual um homem trancado em um quarto sem saber chinês tem a seu dispor um livro na sua língua nativa onde está descrito um programa de computador para falar chinês, caixas com caracteres ou símbolos chineses e espaço para entrada e saída de inputs e de outputs. Por vezes são enviados símbolos à sala. Suponha-se que esses símbolos seja perguntas. O homem, utilizando-se do material a seu dispor no quarto, consegue dar resposta às pessoas de fora da sala. Ele consulta o livro, que é um programa de computador, e envia símbolos. Para quem está fora do quarto ele está falando chinês. No entanto, o homem não compreende o chinês. Os sinais externos da fala chinesa, expressos por ele, não implicam em conhecimento do que se diz. Nele não há intencionalidade. Passar no Teste de Turing não é sinônimo de compreensão. A sintaxe é insuficiente para a compreensão semântica. Com esse argumento, Searle busca refutar a tese de que os computadores compreendem a ação que praticam. (BRANCO, 2020, p.91-92). [g.n].

O que o artigo demonstra é que existe um direito da personalidade que se projeta para o ambiente virtual para proteger a personalidade física e a virtual. Esse direito de personalidade embora próprio para esse meio cibernético, se mantém conectado também com o ambiente físico.

Até o momento dessa pesquisa o meio ambiente virtual, embora tenha particularidades que somente existem nele, só é viável enquanto existir o físico. Se no futuro os humanos deixarem de existir e eventualmente somente o meio virtual permanecer, em um cenário

⁷ “[...] um algoritmo é qualquer procedimento computacional bem definido que leva algum valor, ou conjunto de valores, como entrada e produz algum valor, ou conjunto de valores, como saída. Um algoritmo é, portanto, uma sequência de etapas computacionais que transformam a entrada na saída. Também podemos ver um algoritmo como uma ferramenta para resolver um problema computacional bem especificado. A declaração do problema especifica em termos gerais a desejada relação de entrada/saída. O algoritmo descreve um procedimento computacional específico para alcançar essa relação de entrada/saída.” (CORMEN *et al*; 2009, p.5). [tradução dos autores].

distópico de ficção científica, então esse meio terá que criar suas próprias leis. Mas, aí o problema será deles e não da atual humanidade. Por enquanto, o enredo que se apresenta é a necessidade de proteção da personalidade virtual, porque de alguma forma ela está ligada a física.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo se debruçou sobre o caso envolvendo o cantor falecido Kim Kwang-Seok, que teve sua voz reproduzida por um software de IA. O resultado obtido foi apresentado em um programa de TV, momento em que o artista surge cantando uma canção que não tinha sido gravada por ele enquanto ainda vivo.

O artigo analisou algumas situações do cotidiano que serão impactadas por essa ferramenta de IA, quando ela estiver disponível para comercialização. Além da estória de Kim, o estudo também trouxe outros exemplos de situações que envolviam tecnologia semelhante, inclusive o caso de um roubo com a utilização de uma reprodução de voz com IA. Sabe-se que pesquisas para o aperfeiçoamento dessa tecnologia estão acontecendo e em breve surgirão consequências negativas, caso não sejam impostos limites técnicos, jurídicos e éticos.

O artigo se preocupa com os impactos nos direitos da personalidade, que uma ferramenta de IA como a descrita, poderia causar. Não se trata apenas de direito à imagem, voz, livre desenvolvimento da personalidade ou direitos econômicos. O olhar para uma situação como a que se estuda deve ser multidisciplinar, porquanto o que está ocorrendo é a criação de diversas personalidades virtuais, as quais ficam expostas e vulneráveis a agressões sem que tenham como se defender. A partir desse prisma, o artigo confirmou a necessidade da elaboração de parâmetros que possam ser utilizados no ambiente virtual, para que a mesma seja protegida pelo direito da personalidade.

A análise do caso de Kim demonstrou que a sua personalidade física se desdobrou para que uma outra, a virtual, pudesse dar identidade a voz do cantor. Na falta de testamento, há indícios que a família teria autorizado a reprodução. Para a pergunta, “a quem pertenceria os direitos econômicos da voz reproduzida por IA”, os autores, coerentes com a proposta da existência de uma personalidade virtual, defendem que os ganhos são de propriedade da família do artista, bem como do criador do programa de IA, na condição de empresário. A resposta se justifica porque a ferramenta de IA se apropriou da identidade vocal de Kim, e mesmo não sendo ele, além de confundir os fãs, levando-os a consumir o produto criado, obviamente gerou lucro para os envolvidos no projeto.

O estudo também revelou preocupação com os direitos autorais das vozes que foram utilizadas para treinar os algoritmos. Não se dispõe de informações suficientes que indiquem de qual banco de dados as mesmas foram capturadas e se houve pagamento.

Em termos de contribuição para a evolução da ciência, o artigo sugere que seja observado o princípio da precaução pelos idealizadores de projetos de IA. Nesse sentido, além de regulamentações de uso, distribuição e criação do software, é imprescindível que seja informado previamente ao destinatário que se trata de voz reproduzida artificialmente.

Por fim, é importante mencionar que os resultados da pesquisa aqui apresentados não esgotam com a elaboração do artigo ora apresentado. Sabe-se que o ritmo de desenvolvimento da tecnologia é mais acelerado do que o do direito, o que não é justificativa para que o indivíduo seja abandonado a sua própria sorte no universo virtual. O direito precisará se adaptar a esse mundo que se mostra em constante mutação, a fim de que cumpra o seu papel de organização, proteção e emancipação social.

REFERÊNCIAS

BARLOW, John Perry. **Declaração de Independência do Ciberespaço**. Davos, Suíça, 8 de fev. 1996. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/ciber/textos/barlow.htm>. Acesso em: 30 de abril 2021.

BBC NEWS – Brasil. Inteligência artificial ‘ressuscita’ voz de cantor morto em 1996. BBCNews. 1/02/2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-56070198>. Acesso em: 07 de maio 2021.

BRANCO, DANIEL ARTUR EMIDIO. Linguagem, Mente e Inteligência Artificial: um estudo sobre o pensamento de John Searle. **Aufklärung: revista de filosofia**, [S. l.], v. 7, n. 1, p. p.91-98, 2020. DOI: 10.18012/arf.v7i1.47242. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/arf/article/view/47242>. Acesso em: 30 maio. 2021.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 de maio 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Jurisprudência em Teses – Brasília, 29 de nov. 2019 - Edição n. 138 - Direitos da Personalidade II - STJ, REsp 1630851/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; REsp 794586/RJ, Rel. Min. Raul Araújo.

CAMPOS SILVA, Nilson Tadeu Reis. Decifrando direitos da personalidade para avatares. **XXII Congresso Nacional do Conpedi**, 2013, XXII Congresso Nacional do Conpedi. Florianópolis: Conpedi/Fundação Boiteaux, 2013. V. 1, p. 316-342. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=10cco88a48f313ab>. Acesso em: 31 maio 2021.

CAMPOS SILVA, Nilson Tadeu Reis. A resignificação da pessoa no ciberespaço: primeiras reflexões para uma revisão filosófico-dogmática dos direitos da personalidade *in* CARDIN, Valéria Silva Galdino (coord). **Novos Rumos dos Direitos Especiais da Personalidade e seus Aspectos Controvertidos**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 163-180.

CORMEN, Thomas H; LEISERSON, Charles E; RIVEST, Ronald L; STEIN, Clifford. **Introduction to algorithms**. 3. ed. Cambridge, Massachusetts London, England: The MIT Press, 2009.

EDUARDO, Thales José Pitombeira. O conteúdo patrimonial do direito à voz no contexto da proteção da personalidade. **RJLB**, Ano 1 (2015), nº 1, p. 1911-1958.

HU, Margaret. Cambridge Analytica’s Black Box. **Big Data & Society**, Jul. 2020. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2053951720938091>. Acesso em: 07 jan. 2020.

INTELIGÊNCIA Artificial. Portal de Tecnologia. Inteligência Artificial é usada em roubo de US\$ 243 mil ao imitar a voz de dono de empresa. **Inteligência Artificial. Portal de Tecnologia**. 2019. Disponível em: <https://www.inteligenciaartificial.me/inteligencia-artificial-e-usada-para-roubo-de-us-243-mil-ao-imitar-voz-de-dono-de-empresa/>. Acesso em: 31 de maio 2021.

ISTOÉ. Inteligência artificial faz artista morto ‘cantar’ música lançada após sua morte. IstoÉ. Da Redação. 05/02/21. Disponível em: <https://istoe.com.br/inteligencia-artificial-faz-artista-morto-cantar-musica-lancada-apos-sua-morte/>. Acesso em: 07 de maio 2021.

MIRANDA, André. No aniversário dos ‘Peanuts’, a viúva de seu criador, Charles Schulz, fala de uma das tiras mais populares da História. Extra. 09 dez. 2010. Disponível em: <https://extra.globo.com/tv-e-lazer/no-aniversario-dos-peanuts-viuva-de-seu-criador-charles-schulz-fala-de-uma-das-tiras-mais-populares-da-historia-51947.html>. Acesso em: 31 dez. 2021.

OTEMPO. ‘Peanuts’ trará de volta a turma de Charlie Brown para os quadrinhos. PortalOTEMPO. 26 ago. 2011. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/diversao/peanuts-trara-de-volta-a-turma-de-charlie-brown-para-os-quadrinhos-1.132802>. Acesso em 31 ago. 2021.

PATEL, Neil. Chatbot: O que é, como funciona e como criar o seu. Neil Patel. Disponível em: <https://neilpatel.com/br/blog/chatbot-o-que-e/>. Acesso em: 31 de maio 2020.

PERES, M; SIMÃO FILHO, A. *Credit Scoring* e a proteção de dados pessoais. Direito & Desenvolvimento, vol. 12, n. 1, p. 49-63, 29 jul. 2021. Disponível em: <https://periodicos.unipe.edu.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/1210/736>. Acesso em: 01 set. 2021.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

TECMUNDO. Inteligência artificial recria voz de cantor morto há 25 anos. **Tecmundo**. 17/02/2021. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/software/211146-programa-tv-sul-coreano-recria-voz-cantor-morto-ha-25-anos.htm>. Acesso em: 07 de maio 2021.

VARELLA, Thiago. Em breve, cantores que já morreram vão ‘gravar’ músicas inédita. **TILT.UOL**. 25/12/2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/12/25/em-breve-cantores-que-ja-morreram-vaio-gravar-musicas-ineditas.htm>. Acesso em: 07 de maio 2021.

WEBGUSSEN. A inicialização de clonagem de áudio baseada em IA dá voz ao chatbot de Einstein – Techcrunch. **Webmaster Turbo**. 16 abr. 2021. Disponível em: <https://webmasterturbo.com/2021/04/16/a-inicializacao-de-clonagem-de-audio-baseada-em-ia-da-voz-ao-chatbot-einstein-techcrunch/>. Acesso em: 30 de maio de 2021.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

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

REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA EM TEMPOS DE
PANDEMIA: ANÁLISE DA LEI Nº 13.979/2020
SOB PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE
ECONÔMICA

JULIANA JOTA DANTAS
DENIS ALMEIDA SURJAGY DA SILVA

REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA EM TEMPOS DE PANDEMIA: ANÁLISE DA LEI Nº 13.979/2020 SOB PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE ECONÔMICA

ADMINISTRATIVE REQUISITION IN TIMES OF PANDEMICS: ANALYSIS OF ACT 13.979/2020 FROM THE PERSPECTIVE OF THE PRINCIPLE OF THE ECONOMIC FREEDOM

Recebido: 11/08/2021
Aprovado: 30/12/2022

Juliana Jota Dantas¹
Denis Almeida Suruagy da Silva²

RESUMO:

O trabalho tem o propósito de investigar a requisição administrativa no cenário brasileiro de enfrentamento da Covid-19 com ênfase na Constituição Federal e na Lei nº 13.979/2020 que regulamentou, no Brasil, uma proposta política para enfrentamento da crise sanitária provocada pela pandemia. Nesse sentido, em um primeiro momento, analise-se a requisição administrativa no direito brasileiro, transportando-a sua utilidade e possibilidades de aplicação ao contexto pandêmico. Em seguida, analisam-se questões jurídicas relacionadas ao exercício da atividade empresarial, direitos fundamentais e competências públicas envolvendo atos administrativos requisitórios por Estados e Municípios de bens destinados ao enfrentamento do coronavírus, com foco nos impactos, sobretudo econômicos, dessas requisições. A pesquisa utiliza a metodologia bibliográfica e documental com esteio na doutrina, legislação e documentos disponibilizados na Internet. Quanto à estrutura da pesquisa, optou-se pelo meio do método de abordagem dedutivo e indutivo. Como conclusão, aponta-se que os limites do conflito entre os princípios da proteção à vida, à liberdade econômica e de ofício materializados por requisições administrativas no combate à pandemia e a busca pelo equilíbrio entre salvaguardar a saúde pública e a preservação da atividade econômica devem ser construídos a partir do caso concreto.

Palavras-chave: Requisição Administrativa. Pandemia. Covid-19. Liberdade Econômica. Lei nº 13.979/2020.

ABSTRACT:

This paper aims to investigate the administrative requisition in the Brazilian scenario of facing Covid-19 pandemics with emphasis on the Federal Constitution and Act n. 13.979/2020 that regulates, in Brazil, a political proposal to face the health crisis caused by the pandemics. In this sense, at first, the administrative requisition in Brazilian law is analyzed, transporting its usefulness

¹ Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas (UFAL) nos cursos de Graduação e Mestrado em Direito (PPGD/UFAL). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (2003), Especialização pela Universidade Federal de Alagoas em convênio com o Ministério Público do Estado de Alagoas (2009), Mestrado (2006) e Doutorado (2014) em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). É Coordenadora do Núcleo de Extensão da FDA (2021) e Orientadora do Núcleo de Estudos em Direito Civil e Constitucional (NEDC) da FDA/UFAL. Desenvolve produção científica com os seguintes temas: direito constitucional ambiental, jurisdição constitucional, limitações ao poder constituinte derivado e liberdades. E-mail: juliana.dantas@fda.ufal.br

² Mestrando do PPGD/UFAL. E-mail: denis_suruagy@hotmail.com

and possibilities of application to the pandemic context. Then analyze themselves legal issues related to the exercise of business activity, fundamental rights and public competences involving States and Municipalities's requisition policies for goods directed to face the pandemics focusing on it's impacts, especially on it's expenses. The research uses the bibliographic and documentary methodology, the analysis of doctrine, legislation and documents available on the Internet. As for the structure of the research, we opted for the method of deductive and inductive approach. As a conclusion, it is pointed out that the limits of the conflict between the principles of life's protection and economic freedom conflicts materialized by administrative requests in fighting the pandemic were highlighted, as well the search for a balance between safeguarding public health and the economic activity's preservation must be constructed based on the specific cases.

Keywords: Administrative Requisition. Pandemic. Covid-19. Economic Freedom. Brazil's Act n. 13.979/2020.

INTRODUÇÃO

Em 31 de dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) recebeu um alerta das autoridades chinesas sobre vários casos de pneumonia na cidade de Wuhan, capital da província de Hubei, na República Popular da China, de origem desconhecida. Em 7 de janeiro de 2020, descobriu-se que se tratava de uma nova cepa (tipo) de coronavírus, até então não identificada em seres humanos. Inicialmente nomeado de 2019-nCoV, esse novo tipo de coronavírus recebeu o nome de SARS-CoV-2 em 11 de fevereiro de 2020. A doença causada pelo novo coronavírus recebeu o nome de Covid-19, em que o termo *COVID* significa *Corona Virus Disease* (Doença do Coronavírus, em tradução nossa) e o *19* faz referência ao ano de 2019, quando os primeiros casos da doença foram divulgados publicamente.

Ultrapassando o território chinês, o vírus dispersou-se rapidamente por todos os continentes. A transmissão e a contaminação cresceram em escala global rapidamente. Em 30 de janeiro de 2020, a OMS declarou que o surto da doença (Covid-19) qualificava Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), o mais alto nível de alerta da Organização e em 03 de fevereiro de 2020, o Governo Federal brasileiro declarou Estado de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional por meio da Portaria nº 188/2020. Em 11 de março 2020, a OMS caracterizou o surto da Covid-19 como uma pandemia (BRASIL, 2020a), destacando-se que o termo *pandemia* não se refere à gravidade, mas, sim, à distribuição geográfica de uma doença infecciosa que se espalha por vários países e regiões do mundo.

O Brasil atingiu o estágio de contaminação comunitária da Covid-19 em 20 de março de 2020 (Portaria nº 454/2020). Por meio do Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, foi reconhecido estado de calamidade pública, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, nos termos da solicitação do Presidente da República, encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.

Diversas medidas foram adotadas na tentativa de conter a propagação da Covid-19: aumento da estrutura para capacitar resposta dos sistemas locais de saúde, testagem massiva, distanciamento social e a redução da mobilidade espacial foram adotados para controlar a velocidade de dispersão do novo coronavírus. Autoridades sanitárias brasileira utilizaram requisições administrativas de equipamentos e produtos para a saúde necessários à assistência aos pacientes para contenção da Covid-19, em razão do aumento dos casos de contaminação no território brasileiro e da escassez no mercado nacional e internacional desses bens e produtos.

O presente estudo propõe-se a desenvolver uma investigação sobre requisições administrativas e o seu papel no cenário brasileiro de enfrentamento da pandemia de Covid-19 a partir da análise da Lei nº 13.979/2020 sob perspectiva do princípio da liberdade econômica e de ofício. Para tanto, empreende-se revisão de textos jurídicos afetos às temáticas e a análise de informações disponibilizadas no meio digital sobre a pandemia, com esteio no método dedutivo e indutivo, no intuito de oferecer uma reflexão crítica sobre a configuração do instituto à luz da unicidade do sistema jurídico brasileiro.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO E A SUA PERTINÊNCIA NO CONTEXTO PANDÊMICO

A intervenção do Estado na propriedade sofre significativa influência das ciências econômicas, sociais e, sobretudo, da ciência jurídica, sendo comumente objeto de pressões por vários setores da sociedade, o que resulta na modificação do perfil do Estado ao longo dos últimos séculos. O Estado essencialmente liberal, adepto da doutrina da ampla liberdade (doutrina do *laissez faire*) foi paulatinamente sendo substituído pelo Estado de bem-estar social (*Welfare State*) com feição nitidamente solidarista. O direito de propriedade, conquanto reconhecido e protegido pelos Estados contemporâneos, tornou-se um direito condicionado, não sendo mais caracterizado como direito absoluto, como acontecia outrora. Atualmente, no Brasil, o direito de propriedade deve cumprir sua função social em conformidade com o artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal.

A função social da propriedade integra o conteúdo intrínseco do próprio direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro, conformando o elemento propriedade de dentro para fora e atuando como limite à vontade do proprietário. O princípio da função social da propriedade, além de servir como critério formal de legitimação de medidas legislativas destinadas a disciplinar situações e interesses de proprietários privados, atua também como parâmetro interpretativo dessas medidas legislativas (ANDRADE, 2019, p. 471).

Considerado um direito fundamental (artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal) e princípio orientador da ordem econômica (artigo 170, inciso III, da Constituição Federal), a função social da propriedade influencia a criação e implementação de políticas públicas. Revela característica inerente ao capitalismo contemporâneo, a legitimar a propriedade privada e seu uso, conformado à produção de efeitos que atenda à satisfação de interesses também da coletividade (PAMPLONA FILHO, 2019, p. 38). As necessidades e expectativas sociais são inúmeras e das mais diversas ordens: para que o Estado proporcione o bem-estar social é imperativo que o poder público possa intervir na propriedade particular, atingindo interesses individuais em proveito da coletividade, com o firme propósito de promover aspirações sociais coletivas.

Pode-se considerar intervenção do Estado na propriedade toda atividade estatal, com amparo legal, destinada a ajustar e conciliar o uso da propriedade à sua função social (CARVALHO FILHO, 2016, p. 829). Várias são as modalidades de intervenção do Estado na propriedade previstas pelo direito brasileiro: servidão administrativa, requisição, ocupação temporária, limitações administrativas, tombamento, desapropriação. Em linhas gerais, requisição administrativa é o instrumento de intervenção extraordinária do Estado na propriedade mediante o qual o poder público, em situações de iminente perigo público, utiliza bens móveis, imóveis ou serviços particulares com posterior indenização, se houver dano. Trata-se de ato unilateral e autoexecutório, pois o poder público pode implementá-lo diretamente,

inclusive mediante o uso da força, sem necessidade de prévia autorização judicial (MELLO, 2009, p. 897).

A situação de perigo público que autoriza o uso da requisição administrativa é aquela que coloca em perigo de dano coletividade determinada ou indeterminada, seja por ações humanas ou por fatos da natureza; diante da natureza emergencial, a requisição administrativa dispensa prévia negociação entre o poder público e o particular, podendo atingir diretamente esferas jurídicas alheias, independentemente de anuência de terceiros afetados. Isto posto, breves considerações sobre a configuração da requisição administrativa e de seus reflexos na esfera jurídica dos administrados devem ser apreciadas para a compreensão das problemáticas jurídicas que acarreta.

O gestor público não é livre para requisitar bens e serviços da forma que lhe convier: para que possa fazê-lo é necessária situação excepcional determinada, nos limites da Constituição Federal de 1988 e da lei administrativa. Destarte, sem embargo da divergência em relação à nomenclatura dos pressupostos necessários à validade do ato administrativo,³ os elementos do ato (competência, objeto, forma, motivo e finalidade) ganham destaque para denotar como essencial o atendimento às formalidades do ato administrativo no seio do Estado de Direito e dos parâmetros de legalidade para atuação do poder público que limita o exercício das liberdades, especialmente diante da assimetria na relação de poder entre o particular e o Estado no bojo da requisição administrativa.

A requisição administrativa é ato administrativo unilateral e executado diretamente pela administração pública, revestido de imperatividade e dotado de coercibilidade, revelando-se como ação de força estatal; contudo, caracteriza-se também pela excepcionalidade e não pode se tornar rotina administrativa, sob pena de desvirtuamento do instituto e, quiçá, de abuso do exercício dos poderes administrativos. Para além de permitir o controle dos atos da administração pública, a observância dos elementos autorizadores do ato administrativo de requisição de bens e serviços – mesmo diante da pandemia – assim como o cumprimento de todas as formalidades em relação à prática desses atos, é imperativo constitucional em um Estado Democrático de Direito, que além de assegurar a efetiva participação democrática do povo na elaboração e na aplicação do Direito, reconhece e garante direitos fundamentais, norteados originariamente pela limitação dos poderes do Estado e conseqüente resguardo das liberdades contra o autoritarismo estatal.

O preceito do Estado de Direito tem matiz constitutiva, natureza material, procedimental e formal. Norteia primados de justiça, segurança jurídica, separação de poderes, vinculação do legislador e dos atos estatais à Constituição, como também um sistema de direitos fundamentais (CANOTILHO, 2008, p. 243-254.). Oferece aos administrados a baliza que Estado respeite as leis e a Constituição Federal de 1988 ao requisitar bens e serviços para a legitimidade da intervenção estatal.

No que diz respeito à base normativa da requisição administrativa, seu fundamento constitucional está no art. 5º, inciso XXV, da Constituição Federal. Há diversos instrumentos normativos tratando do assunto como, por exemplo, o Decreto-Lei nº 4.812/42, editado durante a II Guerra Mundial, que disciplina a requisição civil e militar; o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei Federal nº 7.565/86); a Lei de Greve (Lei Federal nº 7.783/89); a Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre o Sistema Único de Saúde (SUS); o Código Civil em seu art. 1.228, § 3º; a Lei nº 13.979/2020.

Na esteira do artigo 5º, inciso XXV, e artigo 22, inciso III, ambos da Constituição Federal de 1988, a requisição administrativa pode ser militar ou civil. A requisição militar tem por objetivo resguardar a segurança interna, bem como manter a soberania nacional, em face de conflito armado ou comoção intestina grave. Por outro lado, a requisição civil destina-se a

³ Com relação à quantidade e nomenclatura dos pressupostos necessários à validade do ato administrativo, adotam-se neste trabalho os mencionados no art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.

evitar e/ou minimizar danos à vida, à saúde e aos bens da coletividade, diante de situações emergenciais como inundações, escassez de gêneros de primeira necessidade, epidemias, calamidades públicas, catástrofes, etc.

Segundo o artigo 22, incisos I, II e III, da Constituição Federal, a competência para legislar sobre direito de propriedade, desapropriação e requisição é da União. A par disso, importante esclarecer que diferente da competência para legislar sobre propriedade, desapropriação e requisição, é a competência para praticar atos de requisição, pois esta difere daquela em natureza – material – e na medida em que se reparte entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, de sorte que todos os entes federativos possam praticar atos de requisição se presentes as condições fáticas e normativas constitucionais e legais, conforme a divisão de atribuições estabelecida na Constituição (MEIRELES, 2004, p. 590.).

Registra-se, ainda, que hipóteses de restrição ao uso da propriedade para a proteção do meio ambiente podem ser objeto de lei federal, estadual, distrital ou municipal, nos termos do artigo 24, inciso VI, e artigo 30, incisos I e II, ambos da Carta de 1988, inobstante lei para regular a requisição de propriedade privada atender à esfera federal, conforme o artigo 22, inciso III, da Constituição da República. No âmbito da competência da União, para legislar sobre requisição no contexto da pandemia foi editada a Lei nº 13.979/2020, que em seu artigo 3º, inciso VII, trata da requisição administrativa: ali prevê-se que as autoridades poderão requisitar bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, garantido o pagamento posterior de indenização justa.

Três peculiaridades merecem destaque: a duração das requisições administrativas está restrita aos estágios de maior gravidade da pandemia, porquanto é durante esse período (indeterminado) que se está diante da situação de iminente perigo público; as requisições devem ser pautadas na finalidade de neutralizar ou mitigar os efeitos da pandemia, sendo necessário que a Administração Pública demonstre a correlação entre o bem ou serviço requisitado e seu uso específico no combate à pandemia; por fim, a atuação da Administração Pública deve ser baseada em evidências científicas descritas na literatura médica nacional ou internacional sobre o uso dos bens ou serviços requisitados no enfrentamento da crise sanitária causada pelo novo coronavírus (MENDONÇA, 2020, p. 11).

Diante da expansão e crescimento do surto causado pelo novo coronavírus, houve aumento exponencial e em escala global da demanda por equipamentos e insumos médico-hospitalares para contenção da pandemia. A União⁴ e especialmente Estados⁵ e Municípios⁶ adotaram medidas de prevenção, preparação e enfrentamento da pandemia, utilizando-se de requisições administrativas de equipamentos de proteção individual (EPI) e de produtos sanitários necessários à assistência aos pacientes, em razão do aumento dos casos de contaminação no território brasileiro. E, nesse contexto, sustenta-se a necessidade de análise crítica da Lei nº 13.979/2020 que, dentre outras previsões, regulamentou proposta política brasileira para enfrentamento da crise sanitária provocada pela pandemia de Covid-19 utilizando-se de mecanismos como a requisição administrativa de bens, insumos ou serviços.

4 A União requisitou de empresas brasileiras produtoras de ventiladores pulmonares todos os ventiladores já produzidos e disponíveis para pronta entrega e toda a produção desses bens que se encerrasse nos cento e oitenta dias subsequentes à requisição, conforme se extrai de consulta pública processual ao sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (<<https://pje.trf5.jus.br/pje/ConsultaPublica/listView.seam>>) do processo nº 0804540-81.2020.4.05.0000.

5 Durante a pandemia foram editados Decretos Estaduais dispondo sobre requisições administrativas de bens e serviços como, por exemplo, os seguintes: Decreto Estadual de Alagoas nº 69.501, de 13/03/2020; Decreto Estadual de Minas Gerais nº 113/2020, de 13/03/2020; Decreto Estadual de Pernambuco nº 48.809/2020, de 15/03/2020; Decreto Estadual do Espírito Santo nº 4.593-R/2020, de 16/03/2020; Decreto Estadual de Mato Grosso nº 407, de 16/03/2020; Decreto Estadual do Rio Grande do Sul nº 55.128, de 19/03/2020. 6 Citam-se como exemplo decretos municipais dispondo sobre requisições administrativas de bens e serviços os seguintes: Decreto Municipal de São Paulo/SP nº 59.283/2020, de 20/03/2020; e Decreto Municipal do Rio de Janeiro/RJ nº 47312, de 27/03/2020.

2. A PANDEMIA DE COVID-19, A LEI Nº 13.979/2020 E A (RE)CONFIGURAÇÃO DOS ESPAÇOS DAS LIBERDADES

Em 04 de fevereiro de 2020, o Poder Executivo Federal apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 23/2020, com a ementa: “dispõe sobre as medidas sanitárias para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”. Após rápido trâmite e aprovação pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, o Projeto de Lei foi sancionado pelo Presidente da República e transformado na Lei Ordinária nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, publicada no Diário Oficial da União em 07 de fevereiro de 2020.

Dentre as medidas de enfrentamento da pandemia, o artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 13.979/2020 diz que as autoridades poderão requisitar bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, garantido o pagamento posterior de indenização justa. O parágrafo 7º do mesmo artigo, em seus incisos I e II, estabelece que a requisição administrativa poderá ser adotada pelo Ministério da Saúde e pelos gestores locais de saúde. A inclusão da requisição administrativa de bens, insumos ou serviços em lei destinada ao estabelecimento de medidas de contenção da Covid-19 justifica-se pelas principais diretrizes de ações adotadas pelas autoridades sanitárias brasileiras (BRASIL, 2020c), especialmente a de aumento na capacidade de resposta dos sistemas locais de saúde para atendimento da população que pode apresentar quadros graves da doença, sobrecarregando o sistema de saúde.

A contaminação simultânea de centenas de pessoas poderia levar ao colapso dos sistemas locais de saúde em razão do aumento da demanda por atendimento de pessoas contaminadas com o novo coronavírus, além naturalmente das demais enfermidades e situações que demandam tratamento médico emergencial e, diante da escassez no mercado nacional e internacional de EPIs, como luvas, máscaras cirúrgicas ou protetores faciais, bem como de respiradores mecânicos, ventiladores pulmonares e outros produtos utilizados na prevenção e enfrentamento ao novo coronavírus, além de produtos sanitários de amplo uso, foram editados decretos por Estados e Municípios permitindo a realização de requisições administrativas de bens e serviços de pessoas naturais ou jurídicas, com base no artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 13.979/2020.

Embora a requisição administrativa tenha natureza eminentemente temporária, devendo perdurar enquanto presente o perigo público iminente, alguns bens requisitados durante a pandemia são consumíveis (artigo 86 do Código Civil) e fungíveis (artigo 85 do Código Civil) como, por exemplo, álcool em gel, luvas, máscaras cirúrgicas, aventais descartáveis etc., o que inviabiliza a devolução desses bens ao particular, assemelhando, assim, a requisição administrativa à desapropriação, mas os institutos não devem ser confundidos: distingue-se a requisição da desapropriação porque aquela somente ocorre em caso de urgência – guerra ou iminente perigo público – e a indenização é posterior, enquanto a desapropriação retira fundamento na utilidade, necessidade pública ou interesse social, exigindo-se indenização prévia. Ademais, a requisição é ato executado diretamente pela administração, ao passo em que a desapropriação requer autorização judicial para imitar o poder público na posse do bem.

Ao discorrer sobre requisição administrativa no atual cenário de pandemia, Raquel Carvalho assevera que:

Em alguns locais foram requisitadas pelo Estado estruturas hospitalares sem uso e vazias, como é o caso do “Hospital Espanhol” em Salvador, o mesmo ocorrendo em outros Estados com bens móveis e insumos essenciais. Assim procedeu-se em Minas Gerais, Estado que vem enfrentando a ausência de EPIs e álcool gel (que precisam ser distribuídos aos profissionais antes do pico de demandas nas unidades de saúde, provavelmente no

início de abril) com o emprego de medidas legais que buscam equilibrar atendimento de necessidade social, estruturação de serviços indispensáveis, não comprometimento da atividade das empresas e preservação dos empregos (CARVALHO, 2020, não paginado).

No atual cenário pandêmico não parecem ser produtivas discussões que tencionam interesses relacionados à propriedade, liberdade e livre iniciativa em defesa da proteção da saúde pública, baseando-se em uma lógica binária de “tudo ou nada” e no (pseudo)dilema do antagonismo entre economia e preservação de vidas. Os desafios impostos pela pandemia não devem ignorar a realidade econômica como fator imprescindível para ao bem-estar e desenvolvimento individual e coletivo, caminho para acesso a bens jurídicos de natureza fundamental. Embora tenha a pandemia levado sistemas de saúde e setores econômicos a crise sem precedentes, a História mostra a capacidade humana de encontrar soluções conciliatórias em situações desta natureza.⁷ Como ressaltou Raquel Carvalho (CARVALHO, 2020, não paginado), a busca deve ser pela utilização de ações que permitam o equilíbrio entre a salvaguarda da saúde pública e a mitigação do comprometimento da atividade econômica.

Os sistemas de saúde que estavam sofrendo pressões em todo o mundo em razão de vulnerabilidades decorrentes de mudanças dos padrões sociais, ambientais, econômicos, demográficos e tecnológicos, conforme Relatório de Risco Globais de 2020 (2020, p. 7), apresentado no Fórum Econômico Mundial em Davos, na Suíça em janeiro de 2020, foram duramente atingidos pela pandemia de Covid-19. A crise sanitária exigiu uma atuação para além do incremento da capacidade de resposta dos sistemas de saúde: como reação à pandemia, diversas nações adotaram medidas como o isolamento, o distanciamento social e a redução da mobilidade espacial, as quais, ao lado do aumento da capacidade de resposta dos sistemas locais de saúde, têm sido apontadas pelas autoridades sanitárias (BRASIL, 2020d) como as mais eficientes até o presente para controle e combate à pandemia.

A estratégia mais eficiente de contenção da pandemia é também a que, aparentemente, mais interfere nos planos de desenvolvimento econômicos de diversos países, inclusive o Brasil,⁸ no contexto de recentes escolhas políticas baseadas em modelo econômico liberal, como ilustra a Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Nela, instituiu-se a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, com garantias de livre mercado, normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica, promovendo alterações no Código Civil, na Consolidação das Leis do Trabalho e em outros diplomas legais brasileiros.

Dado que merece atenção: conhecida como Lei da Liberdade Econômica, a Lei nº 13.874/2019 é fruto da conversão da Medida Provisória (MP) nº 881, de 30 de abril de 2019, em Lei Ordinária. Ao discorrer sobre a introdução de um parágrafo único no artigo 421 do Código Civil pela MP nº 881/2019, Anderson Schreiber alude que:

A MP 881/2019 parece ter se deixado levar aqui por uma certa ideologia que enxerga o Estado como inimigo da liberdade de contratar, quando, na verdade, a presença do Estado – e, por conseguinte, o próprio Direito – afigura-se necessária para assegurar o exercício da referida liberdade (SCHREIBER, 2020a, não paginado).

As alterações no artigo 421 e a inclusão do artigo 421-A no Código Civil reforçam a pretensão da Lei nº 13.874/2019 de conferir ampla liberdade aos contratantes para estabelecer o

⁷ Após II Guerra Mundial foi criado o Plano Marshall, idealizado por George Catlett Marshall, que consistia, em linhas gerais, num programa de ajuda econômica dos Estados Unidos da América aos países da Europa Ocidental para reconstrução de suas economias. Sobre o assunto: WERNER, Alice Helga; e COMBAT, Flávio Alves. *História “Viva” e História “Objetivada”: George F. Kennan e o Plano Marshall*. In: Disponível em: <<https://www.ifch.unicamp.br/ojs/index.php/rhs/article/view/216>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

⁸ A queda na produção de *commodities* como minérios de ferro e petróleo, a redução de investimentos e a adoção de protocolo de isolamento como *lockdown* de comércios, empresas e indústrias em razão da pandemia de Covid-19 levaram à queda na atividade econômica global, segundo relatório do Banco Mundial. Para mais informações: *World Bank Group. Global Economic Prospects*. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2020/06/Banco-Mundial-jun-2020.pdf>>. Acesso em 14 jun. 2020.

que lhes for mais conveniente, perspectiva lastreada no denominado “princípio de intervenção mínima”, conforme a literalidade do novel parágrafo único do artigo 421 do Código Civil. A doutrina especializada, entretanto, lança críticas por existir na ordem jurídica diretriz diversa para a interpretação dos direitos privados, que não podem prescindir da intervenção estatal, seja com o objetivo de garantir a força vinculante dos contratos, seja para assegurar que normas jurídicas, inclusive normas constitucionais, terão incidência nas relações contratuais (TARTUCE, 2020, p. 1014). Ressalta-se, ainda, que não há “princípio de intervenção mínima” do Estado nas relações contratuais de natureza privada, destacando-se que o princípio da intervenção mínima existe no ordenamento jurídico brasileiro voltado ao âmbito do Direito Penal.

Os impactos da pandemia redesenharam, em diferentes escalas, os elementos da vida social. A difusão de ideias liberais como a redução do intervencionismo estatal, tão presentes no discurso político brasileiro nos meses que antecederam a pandemia, deram lugar a uma forte atuação e intervenção do Estado na economia e nas relações jurídicas, a exemplo da Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020 (BRASIL, 2020e). Com efeito, no Brasil, frequentemente busca-se a solução de crises econômicas através de inovações legislativas eminentemente interventivas - pretensamente emergenciais - e com a crise econômica causada pelo novo coronavírus não foi diferente.

A necessidade de ação coletiva em larga escala impôs ao Estado brasileiro prover condições materiais para que o isolamento social se tornasse possível, mitigando-se os efeitos colaterais para atendimento à subsistência e ao mínimo existencial, bem como, de forma mediata, à produtividade e economia local. Foi, então, criado o Auxílio Emergencial pela Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020 (BRASIL, 2020f), destinado aos trabalhadores informais, microempreendedores individuais (MEI), autônomos e desempregados, com o objetivo de fornecer uma renda mínima durante a pandemia. Outras medidas foram adotadas, a exemplo da prorrogação dos prazos de recolhimentos de tributos federais (BRASIL, 2020g), das medidas emergenciais para a aviação civil brasileira por meio da Lei 14.034, de 05 de agosto de 2020 e das ações emergenciais destinadas ao setor cultural, nos termos da Lei nº 14.017, de 29 de junho de 2020 (BRASIL, 2020h).

A superação do atual estado de coisas imposto pela Covid-19 demanda uma forte atuação do Estado para mitigação dos efeitos negativos dessa crise. A requisição administrativa, pouco utilizada em tempos de normalidade, ganha especial destaque diante do quadro de excepcionalidade causado pela pandemia. No entanto, a requisição administrativa no atual cenário de pandemia não encerra salvo-conduto para que o administrador público se exima das obrigações constitucionais e legais impostas.

3. DA REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA PREVISTA NA LEI Nº 13.979/2020 À LUZ DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE ECONÔMICA E DE OFÍCIO

A gravidade da pandemia exigiu a adoção de medidas urgentes pelas autoridades públicas. Para conter a disseminação do novo vírus foram criados protocolos de distanciamento social e para tratar os pacientes contaminados foram requisitados bens, insumos ou serviços. Os impactos da Covid-19 não foram sentidos apenas pelos sistemas de saúde dos países atingidos pela doença, mas, também, pelo setor econômico. Milhares de postos de trabalho e empresas foram extintos (BRASIL, 2020i).

Requisições administrativas realizadas por Estados e Municípios no cenário brasileiro de enfrentamento da pandemia atingiram a liberdade de contratar e o desempenho de atividades

profissionais e econômicas das empresas que tiveram bens, insumos ou serviços requisitados. A intervenção do estado na economia - mormente excepcional e destinada a regular setores econômicos específicos numa economia baseada em um modelo de livre mercado - cedeu espaço para uma ampla interferência estatal em setores produtivos com vistas a reorganizar fatores internos de produção, seja durante a pandemia, seja no pós-pandemia (ANDRADE, 2020, p. 194).

A Constituição da República de 1988 oferece um conjunto de normas para disciplinar a ordem econômica, conjugando valores outrora de cunho privado aos interesses de ordem pública. O capitalismo de livre mercado foi o modelo econômico adotado pelo constituinte brasileiro ao formular a ordem constitucional de 1988 e partir de sua conformação aos ideais constitucionais de solidariedade que consagram direitos fundamentais coletivos e difusos, busca-se conciliar o desenvolvimento econômico, o exercício de liberdades e do direito à propriedade, tradicionalmente afetos à liberdade e à abstenção estatal, a uma função social que legitima o Estado a intervir para dirigir e regular a seara econômica (GRAU, 2002, p. 279). Pautase no desenvolvimento da atividade econômica privada de forma compatível com a promoção da dignidade da pessoa humana e da justiça social. A propósito, a constitucionalização do direito afeta todos os espaços privados de relações jurídicas, quer envolvam situações jurídicas patrimoniais, quer digam respeito a situações jurídicas existenciais, a exemplo das relações familiares; desta forma, empresa, propriedade e relações contratuais devem ser espaços de promoção da dignidade da pessoa humana (TEPEDINO, 2003, p. 127).

A ordem econômica (artigo 170 da Constituição Federal) fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, é norteada pelos princípios da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência e da redução das desigualdades regionais e sociais, além da busca pelo pleno emprego e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, dentre outros. No artigo 170, parágrafo único, assegura-se a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Corroborando o preceito já disposto no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988 de ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

A atividade empresarial, fundamental para o desenvolvimento econômico e social do país, deve ser compreendida em consonância com os demais valores que fundamentam o Estado democrático de direito. A concepção original de empresa, edificada sob pilares da ideologia individualista e liberal, deve ser reconfigurada pelas diversas transformações sócio-políticas que a sucederam (BESSA, 2006, p. 97) para conciliar seus mais diversos elementos; não se abandona o princípio da liberdade - elemento de identidade constitucional na Carta de 1988 - porém, não subsiste como valor absoluto e exige readequação aos fins do Estado para promoção e efetividade de bens jurídicos voltados ao bem estar social.

Em tempos de incerteza, ocasionalmente recorre-se a soluções que acabam por dissolver categorias jurídicas tradicionais destinadas a preservar a liberdade, com violações a liberdades civis individuais (GUNTHER, 2009, p. 13). Políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 - como outras - devem ser pautadas na busca pelo equilíbrio entre as liberdades civis e o interesse coletivo, sob o filtro do princípio da proporcionalidade que demanda necessidade, adequação e mensuração da intervenção exigida (GUERRA FILHO, 2005, p. 267), carecendo de análise cautelosa a fim de assegurar-se que a crise sanitária, social e econômica decorrente da Covid-19 não ofereça intervenção ilegítima na liberdade de contratar e de desempenhar atividades profissionais e econômicas.

A requisição de bens, insumos ou serviços destinados ao enfrentamento do novo suscita debates que merecem atenção dos estudiosos e aplicadores do direito. Uma primeira

linha direciona seus argumentos contrários à realização de requisição administrativa de bens, insumos ou serviços para enfrentamento da pandemia no sentido de que se trataria de um suposto confisco de bens e produtos médico-hospitalares (BONAMIGO FILHO, 2020, não paginado). Afirmar-se tratar-se de grave intervenção estatal na propriedade, argumentando-se, ainda, que estaria ausente o perigo público iminente, assim como a falta de adoção de medidas alternativas menos onerosas às empresas atingidas pelas requisições.

Em sentido contrário aos argumentos apresentados, salienta-se que a requisição administrativa é ato unilateral e autoexecutório, ou seja, o poder público pode implementá-lo diretamente, sem necessidade de prévia autorização judicial e/ou de negociação entre o poder público e o particular. A forte intervenção na propriedade decorrente de requisições administrativas não faz, por si só, com que atos de requisições se transformem em confisco, isto é, penalidade aplicada que implica na perda do bem pelo punido sem o pagamento de qualquer compensação e sua aquisição pelo poder público, caracterizada pela excepcionalidade face ao comando constitucional do não-confisco (CAVEDON, 2014, p. 92).

De fato, o tratamento conferido à requisição administrativa é o da indenização sempre que o dano for verificado – logo não é sempre obrigatória, mas será diante da comprovação da existência de dano oriundo da requisição – e na extensão potencial do dano, conferindo à parte requisitada maior proteção possível para abranger danos emergentes e lucros cessantes. “Restando comprovado que o uso temporário de bens e/ou serviços privados causou paralisação ou interrupção na obtenção de rendimentos, caberá o pleito indenizatório” (MORAES FILHO, 2018, p. 137).

Eventuais inobservâncias dos pressupostos autorizadores ou falhas nos atos administrativos requisitórios podem e devem ser sanadas pela própria administração pública, consoante o princípio da autotutela administrativa, assegurando-se ainda aos administrados buscar no Poder Judiciário o reconhecimento de eventual ilegalidade concreta do ato de requisição administrativa, com esteio no controle judicial e no preceito constitucional da inafastabilidade da jurisdição para proteção de direito ameaçado por atuação ilegal do Estado (ou de particulares).

Uma segunda linha crítica que incide sobre o instituto da requisição administrativa refere-se à violação da liberdade de contratar e de desempenho de atividades profissionais e econômicas por atos de requisição administrativa.⁹ Sob o prisma meramente utilitarista, requisições administrativas de bens, insumos ou serviços podem impedir momentaneamente que algumas empresas honrem compromissos previamente assumidos com terceiros, com possíveis posteriores desdobramentos prejudiciais relacionados à atividade empresarial. *Data venia*, não constitui vedação à liberdade de contratar e de desempenhar atividades profissionais e econômicas, mas, limitação temporária e circunstancial no exercício dos referidos direitos, justificada pela gravidade da circunstância fática – como ilustra a crise sanitária causada pelo novo coronavírus – avaliada, igualmente, pela excepcionalidade decorrente da pandemia.

A proteção à liberdade econômica não conota impeditivo à utilização da requisição administrativa de bens, insumos ou serviços médico-hospitalares em face da calamidade pública causada pelo Covid-19. Grande parte da crítica direcionada à requisição administrativa em comento está preocupada com a defesa dos interesses econômicos ligados à liberdade de iniciativa, ofício, profissão, liberdade do comércio, sem atenção à sua inserção no contexto (neo)constitucional que vincula todo o sistema político e normativo jurídico à efetivação dos primados de direitos fundamentais, que não subsiste sem a proteção da vida e dignidade humana (DANTAS, 2015, p. 227), instrumentalizadas, por sua vez, pelas políticas públicas de saúde.

⁹ Essa e outras questões foram levadas à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.362 DF, tendo a ação sido julgada, por unanimidade, improcedente em 02/09/2020. No momento da elaboração deste artigo, o acórdão não havia sido publicado no sítio <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886574>, acesso em setembro de 2020.

A situação emergencial que contrapõe a liberdade de índole individual a interesses transindividuais sujeita-se à incidência dos princípios formadores e informativos do constitucionalismo contemporâneo no Brasil. Dele-se, infere-se que a livre iniciativa, o uso da propriedade privada e a produção de riquezas não podem antagonizar ideais de solidariedade que nutrem a função social, comprometendo-se, inclusive, com as gerações futuras na busca pelo bem comum (NAZAR, 2009, p. 64).

É necessário encontrar o ponto de equilíbrio entre a liberdade econômica e de ofício e o interesse coletivo na proteção da saúde pública e preservação da vida. Havendo conflito, os interesses devem ser ponderados e harmonizados à luz do caso concreto. A busca pela proteção do interesse coletivo na preservação da vida através de requisições administrativas de bens, insumos ou serviços para enfrentamento da Covid-19 não implica excluir a necessária proteção dispensada ao exercício da liberdade de contratar e de desempenhar atividades profissionais e econômicas.

Incide sobre a problemática, o tensionamento entre direitos fundamentais e o espaço de intervenção do poder público. Estados democráticos caracterizam-se pela tutela de interesses diversos, reflexos da sociedade pluralista que não se limita a reconhecer e proteger apenas os valores de um determinado grupo social; espelham a complexidade e pluralidade das inúmeras aspirações de todo o corpo social que o compõe (LINHARES, 2001, p. 50). Dessa forma, não é incomum que interesses juridicamente protegidos eventualmente entrem em conflito.

Roberto Barroso informa que os diversos interesses abraçados pela Carta de 1988 não se justapõem e possíveis contradições devem ser harmonizadas pelos princípios da hermenêutica constitucional, com especial apreço à interpretação sistemática fundamentada na unidade constitucional (2006, p. 201). Eventual conflito entre direitos fundamentais não é, por si só, uma anomalia do sistema jurídico a ser combatida e erradicada; exige, no entanto, emprego de mecanismos que permitam a composição desses conflitos, sem que, com isso, sejam adotadas soluções prévias no sentido de se optar por um direito fundamental em detrimento de outro; a análise ser recair sobre o caso concreto (KRELL; PAIVA, 2017, p. 185-218).

No cenário em tela, a requisição administrativa impacta direitos fundamentais como propriedade, liberdade e livre iniciativa dos proprietários dos bens ou serviços requisitados, a título de fomento de direitos de matiz social e difusa; aborda competências administrativas, que, em atenção ao interesse público, encampam bens ou serviços que se apresentam como indispensáveis à coletividade em determinados momentos e sob certas circunstâncias, sem afastar a possibilidade de indenização pelos prejuízos eventualmente causados aos particulares e justificados pela excepcionalidade da situação fática.

Sua legitimidade escora-se na ponderação entre liberdade individual (econômica e de ofício) e a supremacia do interesse público que resguarda a expressão do direito à saúde – bem jurídico transindividual, voltado à coletividade presente e superveniente; recai no juízo de balanceamento de acordo com as circunstâncias fáticas que envolvem o caso concreto (LINHARES, 2001, p. 80), representando um grau de não satisfação tolerável de um direito em razão de sua colisão com outro bem jurídico, expressão do princípio da proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2011, p. 167).

Diante do exposto, vislumbra-se que o contexto de combate a pandemia(s) autoriza a requisição administrativa de bens e produtos voltados a esse fim, ainda que se configure intervenção do Estado na produção econômica e na liberdade de ofício e/ou de comercialização. O caso concreto deve demonstrar a necessidade da medida, a adequação ao controle e combate da enfermidade e, sobretudo, a inexistência de excessos ou alternativa para a intervenção estatal sobre o espaço da liberdade privada. Ademais, exige-se a legitimidade material para validade da requisição administrativa: a comprovação de situação fática emergencial e imperativa

necessidade dos bens e serviços privados para satisfação do interesse público, corroborada pela legitimidade formal, seja pela previsão normativa específica do caso concreto, seja pelas normas gerais do sistema jurídico brasileiro, com exposição fundamentada de seus motivos e legalidade, como demanda o art. 2º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia causada pela Covid-19 exigiu a adoção de medidas excepcionais e urgentes, conjugando esforços coletivos e individuais no enfrentamento ao novo coronavírus. Dentre elas, a requisição administrativa de meios materiais para viabilizar tratamento e prevenção da enfermidade foi identificada como caminho para atuação do Estado brasileiro em sua política sanitária.

Inobstante o sistema constitucional pátrio arrolar o preceito de liberdade como elemento de identidade constitucional, protegido por cláusula pétreia explícita no art. 6º, parágrafo 4º, IV, da Constituição de 1988, bem como definir a liberdade econômica e de ofício como diretriz do Estado brasileiro, os princípios do constitucionalismo contemporâneo compelem à ressignificação de direitos e relações jurídicas para conformação aos ditames de proteção da dignidade humana e de seus corolários, integrantes do mínimo existencial que não subsiste sem o acesso à saúde e o usufruto de políticas sanitárias efetivas para promoção da vida e bem estar – de cada indivíduo e da coletividade.

No grande rol de direitos fundamentais, interagem bens jurídicos de usufruto individual e de satisfação social, logo transindividual, a beneficiar coletividades, presentes e futuras, como ilustra o direito à saúde. Em abstrato, os interesses não se justapõem e coexistem de forma harmônica sob o manto do princípio hermenêutico da unidade constitucional. Entretanto, casos concretos podem revelar um potencial antagonismo entre bens jurídicos constitucionalmente protegidos com o status de direito fundamental – como exemplifica a requisição administrativa de bens, produtos ou serviços privados fundamentada na excepcional e urgente necessidade de obtenção dos materiais indispensáveis às políticas sanitárias de combate, tratamento e prevenção do COVID-19 e indisponíveis de outro modo, resguardando-se o direito da parte requisitada à indenização diante da comprovação de danos sofridos pela intervenção do Estado em sua propriedade.

Cabe ao Estado-interventor demonstrar a presença das condições fáticas que motivam a requisição administrativa: a excepcionalidade das circunstâncias, a imprescindibilidade da medida em suas proporções, a urgência face à iminência do risco que ameaça o interesse transindividual tutelado pela administração pública. Não somente: compete-lhe revestir-se das formalidades que a lei brasileira estipula, a fim de legitimar sua conduta no esteio da legalidade formal, procedimental e finalística, como também na exposição dos motivos que autorizam a administração pública a afastar a cláusula geral de apreço às liberdades – disposta no art. 5º, II, da Constituição de 1988 – nos termos dos comandos da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. A inobservância às balizas formais e substanciais que legitimam a severa intervenção do Estado, assim como excessos no exercício de suas competências administrativas, dão ensejo à revisão judicial para controle do ato administrativo e consequente proteção da liberdade face a arbitrariedades cometidas pelo poder público.

A pandemia COVID-19 desafia os estudiosos e aplicadores do direito ao exame de seus impactos também sobre as relações jurídicas. Não se vislumbra a possibilidade de exaurir a problemática quanto à interação das políticas sanitárias com as liberdades individuais, tema de grande complexidade e que sofre influência de diversos fatores. Propõe-se apenas provocar

reflexões críticas a fim de contribuir para o debate e compreensão do tema de grande relevo para comunidade jurídica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **A intervenção do Estado na propriedade privada e o papel do município**. Revista Estudos Institucionais, v. 5, n. 2, p. 464-485, maio/ago. 2019. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.emnuvens.com.br/REI/article/view/395/377>>. Acesso em: 05 jun. 2020.

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. Impactos da Pandemia Sobre Agentes Econômicos Brasileiros e o Direito Fundamental ao Desenvolvimento na Recuperação de Empresas em Crise. In: BAHIA, Saulo José Casali (Org). **Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus**. 1ª Ed., São Paulo: Editora Iasp, 2020, p. 194. Disponível em: <<https://www.iasp.org.br/wp-content/uploads/2020/05/DIREITOS-E-DEVERES-FUNDAMENTAIS-EM-TEMPOS-DE-CORONAVIRUS.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade Social das Empresas: práticas sociais e regulação jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

BONAMIGO FILHO, Carlos Horácio. **Legalidade do confisco de bens para atender a calamidade pública COVID-19**. Disponível em: <<https://www.garrastazu.adv.br/ilegalidade-do-confisco-de-bens-para-atender-a-calamidade-publica-covid-19>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS) (2020c). Disponível em: <<https://www.conasems.org.br/reconhecer-a-importancia-do-sus-e-o-primeiro-passo-contr-a-pandemia-defendaosus/>>. Acesso em 05 jun. 2020.

BRASIL. TRF5, Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Disponível em: <<https://pje.trf5.jus.br/pje/ConsultaPublica/listView.seam>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia (2020g). Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/covid-19/paginas/receita-federal/prorroga-o-prazo-de-recolhimento-de-tributos-federais>>. Acesso em: 06 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia (2020i) Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/images/Novo_CAGED/Mai2020/2-apresentacao.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020 (2020a). Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção

Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/prti188-20-ms.htm>. Acesso em: 05 jun 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Distanciamento social depende de capacidade de resposta à pandemia (2020c). Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46679-distanciamento-social-depende-de-capacidade-de-resposta-a-pandemia>>. Acesso em 05 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública. Centro de Operações de Emergência em Saúde Pública para Infecção Humana pelo Novo Coronavírus (COE-nCoV). *Boletim Epidemiológico. Especial: doença pelo Coronavírus 2019* (2020d). Brasília, DF, 2020 Abr 6. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/Abril/06/2020-04-06-BE7-Boletim-Especial-do-COE-Atualizacao-da-Avaliacao-de-Risco.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020** (2020f). Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm>. Acesso em: 06 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020** (2020e). Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10212.htm> Acesso em: 17 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.017, de 29 de junho de 2020** (2020h). Dispõe sobre ações emergenciais destinadas ao setor cultural a serem adotadas durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14017.htm> Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.034, de 5 de agosto de 2020**. Dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da Covid-19; e altera as Leis nºs 7.565, de 19 de dezembro de 1986, 6.009, de 26 de dezembro de 1973, 12.462, de 4 de agosto de 2011, 13.319, de 25 de julho de 2016, 13.499, de 26 de outubro de 2017, e 9.825, de 23 de agosto de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14034.htm> Acesso em: 17 ago. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ªed. São Paulo: Saraiva: 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30ª ed., Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

CARVALHO, Raquel. **Coronavírus: Quando o Estado mata mais do que a pandemia**. Disponível em: <<http://raquelcarvalho.com.br/2020/03/25/coronavirus-quando-o-estado-mata-mais-do-que-a-pandemia/>>. Acesso em: 20 maio 2020.

CARVALHO, Raquel. **Requisição administrativa: aspectos básicos do regime jurídico**. Disponível em: <<http://raquelcarvalho.com.br/2019/03/29/requisicao-administrativa-aspectos-basicos-do-regime-juridico/>>. Acesso em: 16 maio 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2008.

CAVEDON, Ricardo. O princípio do não-confisco e sua interpretação constitucional. **Redes – Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. Canoas, Vol.2, n.1, mai. 2014. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/viewFile/963/1276>, acesso em setembro de 2020.

DANTAS, Juliana de Oliveira Jota. **Controle de Constitucionalidade e Cláusulas Pétreas Implícitas – A irredutibilidade do direito fundamental ao meio ambiente**. São Paulo: Verbatim, 2015.

DA SILVA, José Afonso. A liberdade no Mundo Contemporâneo. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 14, Jan.-Jun. p. 99-111 Disponível em: <<http://abdconst.com.br/revista15/liberdadeJose.pdf>>. Acesso em 01 jun. 2020.

ESPING-ANDERSEN, G. **O futuro do Welfare State na nova ordem mundial**. Lua Nova, n. 35, São Paulo: CEDEC, 1995. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451995000100004&lng=pt&tlng=pt>. Acesso: 3 maio 2020.

FACHIN, Luiz Edson. **O futuro do Direito e o direito ao futuro**. **Revista OAB-RJ**, v. 24, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 7ªed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (ORG). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, pp.255-269.

GUNTHER, Klaus. **Os cidadãos mundiais entre a liberdade e a segurança**. Tradução de Pedro Mais. **Novos Estudos, CEBRAP** 83, março de 2009.

HÄBERLE, Peter. **Novos horizontes e novos desafios do constitucionalismo**. **Direito Público**, v. 3, n. 13, 2006.

Ilegalidade do confisco de bens para atender a calamidade pública COVID-19. Disponível em: <<https://www.garrastazu.adv.br/ilegalidade-do-confisco-de-bens-para-atender-a-calamidade-publica-covid-19>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

Isto é Dinheiro. **Tocantins confisca leitos de UTIs privados**. Disponível em: <<https://www.istoedinheiro.com.br/tocantins-confisca-leitos-de-utis-privados/>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

KRELL, Andreas J.; PAIVA, Rafi Moraes Sampaio. Hermenêutica Jurídica e uso deficiente de métodos no contexto da aplicação do Direito no Brasil. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, e, ano 11, n. 37, p. 185-218, jul./dez. 2017.

LINHARES, Marcel Queiroz. O método da ponderação de interesses e a resolução de conflitos entre direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 35, p. 49-91, 2001. Disponível em: <<https://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/view/1256/1109>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 29^a ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26^a ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Dez perguntas e respostas sobre requisição administrativa em tempos de COVID-19**. Disponível em: <https://www.academia.edu/43026760/Dez_perguntas_e_respostas_sobre_requisi%C3%A7%C3%A3o_administrativa_em_tempos_de_COVID-19>. Acesso em: 05 jun. 2020.

MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de. Requisição Administrativa Constitucional: fundamentos normativos e características estruturais da medida interventiva. **Revista Controle**. Fortaleza, v. 16, n. 1, pp. 113-140, jan/jun, 2018. Disponível em: <https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/434>, acesso em setembro de 2020.

NAZAR, Nelson. **Direito Econômico**. 2ed. Bauru, SP: Edipro, 2009.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Breves Reflexões sobre o Princípio da Função Social. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LÔBO, Fabíola Albuquerque (COORD.) **A função social nas relações privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 37-62.

SCHREIBER, Anderson. **Alterações da MP 881 ao Código Civil – Parte I**. Carta Forense (2020a). Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/colunas/alteracoes-da-mp-881-ao-codigo-civil--parte-i/18342?fbclid=IwARotAjj4CtDjo74LYaPUJShr2OWxUFg8ZDiUyY9EPqs2UOngIJ4gypNiHVI>>. Acesso em: 19 maio 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil: contemporâneo (2020b)**. 3^a Ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TARTUCE, Flávio. A “Lei de Liberdade Econômica” (Lei nº 13874/2019) e as principais mudanças no âmbito do direito contratual. *RJBL*, Ano 6 (2020), nº 1. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/1/2020_01_1005_1020.pdf, acesso em setembro de 2020.

TEPEDINO, Gustavo. **A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código.** In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito civil: Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WERNER, Alice Helga; e COMBAT, Flávio Alves. **História “Viva” e História “Objetivada”: George F. Kennan e o Plano Marshall.** In: Disponível em: <<https://www.ifch.unicamp.br/ojs/index.php/rhs/article/view/216>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

WHO, World Health Organization. **Considerations for quarantine of individuals in the context of containment for coronavirus disease (COVID-19). Interim guidance, 19 March 2020.** Disponível em: <<https://apps.who.int/iris/handle/10665/331497>>. Acesso em: 12 jun. 2020.

WHO, World Health Organization. Disponível em: <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/maintaining-essential-health-services-and-systems>>. Acesso em 06 jun. 2020.

OPAS, Organização Pan-Americana da Saúde. Disponível em: <https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52363/OPASWBRACOV19-20083_por.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em 06 jun. 2020.

World Economic Forum. **The Global Risks Report 2020.** Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/WEF_Global_Risk_Report_2020.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2020.

World Bank Group. **Global Economic Prospects.** Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2020/06/Banco-Mundial-jun-2020.pdf>>. Acesso em 14 jun. 2020.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

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

A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA E SEU REFLEXO NO
DIREITO CONTRATUAL

BARBARA DE CASTRO SEDA ABRAS
RODOLPHO BARRETO SAMPAIO JÚNIOR

VOLUME 13 | NÚMERO 2 | JUL/DEZ 2022

A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA E SEU REFLEXO NO DIREITO CONTRATUAL

THE LAW OF ECONOMIC FREEDOM AND ITS REFLECTION ON CONTRACTUAL LAW

Recebido: 22/02/2021
Aprovado: 02/01/2023

Barbara de Castro Seda Abras¹
Rodolpho Barreto Sampaio Júnior²

RESUMO:

Em virtude da promulgação da Lei da Liberdade Econômica, em 20 de setembro de 2019, o direito contratual sofreu importantes alterações, principalmente no que se refere à revisão contratual como regra excepcional e à maior autonomia das partes para elaboração do conteúdo dos contratos que melhor lhes aproveitasse. Para abordar essas modificações, este artigo busca apresentar o escopo da Lei da Liberdade Econômica analisando as novas regras e relacionando-as às anteriores disposições do Código Civil. Assim, por meio do estudo comparado, será possível elucidar as alterações promovidas nas regras de interpretação, elaboração e revisão contratual, além de demonstrar como a Lei da Liberdade Econômica visa à normatização de regras que consolidem a autonomia privada, reduzindo a atuação do Estado nas atividades econômicas empresariais.

Palavras-chave: Lei da liberdade econômica. Revisão contratual. Direito civil.

189

ABSTRACT:

As a result of the new Economic Freedom Act, contract rights has undergone important changes, especially contract review as an exceptional rule and party autonomy to choose contracts content that best suit them. To answer these questions, this article aims to analyze the new rules in Economic Freedom Act and relating them to the previous rules in Civil Code. The study of changes in interpretation rules, drafting and contractual review makes it possible to elucidate how that law reveals private autonomy, reducing government intervention in economic activities.

Keywords: Economic freedom. Contract law. Civil law.

Journal of Economic Literature (JEL): K12; K15.

1. INTRODUÇÃO

No dia 20 de setembro de 2019, foi publicada a Lei nº 13.874, conhecida como a Lei da Liberdade Econômica. Seu escopo foi normatizar a menor intervenção do Estado no exercício da atividade econômica, o que refletiu na interpretação dos contratos empresariais.

¹ Mestranda em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Advogada. E-mail: barbara.seda@hotmail.com
² Doutor em Direito Civil. Professor Adjunto na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro da Academia Brasileira de Direito Civil – ABDC e do Instituto dos Advogados de Minas Gerais - IAMG. Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado. E-mail: barbara.seda@hotmail.com

Busca-se, com a nova lei, preservar a expectativa comum das partes com a celebração do contrato, permitindo que os usos e costumes do mercado, a boa-fé e a relação de confiança estabelecida ditem suas regras interpretativas.

Seu propósito é, portanto, garantir aos empresários mais segurança jurídica às relações negociais, evitando que o fenômeno cada vez mais latente de intervenção do Judiciário nas relações econômicas se traduza na perda da credibilidade do instituto do direito contratual.

Por esse motivo, as alterações promovidas nos artigos 113, 421 e 421-A do Código Civil serão objeto de análise deste estudo, a fim de que se estabeleça um paralelo entre a normatização anterior e as novas normas, sua eficácia e aplicabilidade.

2. O CONTRATO

Antes de debruçar sobre o estudo das alterações promovidas pela Lei da Liberdade Econômica no direito contratual, importante rememorar que a ideia de contrato está relacionada à história das relações humanas (MARTINS-COSTA, 1992, p. 21, apud GHESTIN, 1990, p. 9).

Por esse motivo, o instituto do contrato conviveu com diferentes perspectivas ao longo da evolução da sociedade, ora tendo como ponto focal o vínculo objetivo firmado entre partes, ora estando a manifestação subjetiva da vontade como ponto primordial do pacto.

Como ensina Martins Costa (1992), a noção romana de contrato não considerava a vontade subjetiva do agente para constituição do vínculo, estando adstrito ao preenchimento de formalidades prescritas.

Mais tarde, o Código de Napoleão acolhe a concepção subjetivista do vínculo, considerando a vontade manifestada pelo indivíduo como lei entre as partes.

O processo econômico passa a ter fundamental importância na relação entre as partes, gerando a ideia de relações de troca como fundamento do contrato e que, mais tarde, ainda será de vital importância para modificação da forma de interpretação dos diferentes tipos de contrato.

Com o fenômeno de codificação das normas no século XIX e a maior interferência do Estado na vida econômica, a vontade humana é afastada do centro da relação contratual e assim, nas palavras de Orlando Gomes (2007), passa-se a dissociar a relação contratual do acordo de vontade, com o propósito de explicar certas anomalias, como a prorrogação legal das locações, e justificar a diversidade dos critérios de interpretação e a repartição dos riscos.

Nesse sentido, o Código Comercial Brasileiro de 1850 consolidou a ideia de permitir diferentes parâmetros interpretativos no âmbito dos contratos empresariais, privilegiando os usos e costumes locais e o verdadeiro espírito e natureza do contrato.

Destaca-se:

Art. 130 - As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se **segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar**, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa.

Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1 - a inteligência simples e adequada, que for mais **conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato**, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;

2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subsequentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas;

3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato;

4 - **o uso e prática geralmente observada no comércio** nos casos da mesma natureza, e **especialmente o costume do lugar** onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras;

5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.

(...)

Art. 133 - Omitindo-se na redação do contrato cláusulas necessárias à sua execução, deverá presumir-se que as partes se sujeitaram ao que é de **uso e prática em tais casos entre os comerciantes**, no lugar da execução do contrato.

Ressalte-se, neste ponto, que o direito comercial, como disciplina apartada das demais, surge anteriormente à Constituição de 1988, a fim de regular os negócios mercantis em função de suas regras próprias, sendo positivado como código no Brasil em 25 de junho de 1850, pela Lei nº 556.

Com o tempo, porém, em virtude da promulgação da CF/88, em que ganha relevo a proteção dos direitos sociais, desenvolvendo-se o direito do trabalho e o direito do consumidor, o Código Comercial viu a necessidade de passar por reformas, a fim de se adequar à evolução das relações mercantis e à complexidade dos novos negócios jurídicos.

A tentativa de modernizar o Código Comercial, porém, foi substituída pela ideia de unificação do direito privado em um único texto normativo, sob o fundamento de simplificar o ordenamento e facilitar a aplicação do direito.

Na exposição de motivos do projeto n.º 634-B, de 1975, atual Código Civil de 2002, vê-se que o cerne da legislação proposta era unificar o Direito das Obrigações, sem distinguir obrigações civis e mercantis:

Penso, Senhor Ministro, ter sido acertado nosso processo de estudo e pesquisa firmado em nossas reuniões iniciais, no sentido de se proceder à revisão por etapas, a primeira das quais consistiu na feitura de projetos parciais, acordados os princípios fundamentais a que deveria obedecer o futuro código, a saber:

A compreensão do novo Código Civil como lei básica, mas não global, do Direito Privado, conservando-se em seu âmbito, por conseguinte, o Direito das Obrigações, sem distinção entre obrigações civis e mercantis, consoante diretriz já consagrada, nesse ponto, desde o Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941, e reiterada no Projeto de 1965. Considerar elemento integrante do próprio Código Civil a parte legislativa concernente às atividades negociais ou empresárias em geral, como desdobramento natural do Direito das Obrigações, salvo matérias que reclamam disciplina especial autônoma, tais como falência, letra de câmbio, e outras que a pesquisa doutrinária ou os imperativos da política legislativa assim o exijam.

Assim, a unificação das regras relativas às obrigações civis e às empresariais gerou confusões sobre as particularidades próprias ao direito comercial, visto se tratar de relações travadas em diferentes contextos econômicos, fazendo-se necessária disciplina própria e tratamento jurídico peculiar.

Paula Forgioni esclarece:

O diferenciador marcante dos contratos comerciais reside no escopo de lucro de todas as partes envolvidas, que condiciona seu comportamento, sua vontade comum e, portanto, a função econômica do negócio, imprimindo dinâmica diversa e peculiar. (...) Nos contratos consumeristas, essa luta pelo lucro recai apenas sobre uma das partes (a empresa fornecedora), nos civis, pode inexistir (como no caso da doação) ou aparecer de forma esporádica e mitigada em um dos polos que se aproveitará economicamente do evento (locação, por exemplo).

Apesar de o lucro ser o elemento caracterizador dos contratos empresariais, posto que a empresa visa à geração de riqueza, a unificação dos códigos civil e comercial permitiu o paulatino abandono das regras de interpretação fundadas nos usos e costumes e no interesse comum das partes, típica do direito comercial, para privilegiar as regras gerais dos contratos civis.

Ainda, a massificação das relações jurídicas que emerge do intenso e acelerado desenvolvimento do consumo acarretou a transposição da ideia de vulnerabilidade e hipossuficiência também aos contratos empresariais, causando graves prejuízos à interpretação e revisão de contratos.

Por esse motivo, regras interpretativas que deveriam ser utilizadas para os contratos empresariais, com referência a usos e costumes do local e a busca pelo espírito do contrato, deram lugar a uma interpretação impregnada por subjetivismo, haja vista a introdução do artigo 112, CC que dá prevalência à vontade subjetiva da parte nos negócios jurídicos.

Ademais, em razão do reconhecimento do reflexo econômico do contrato na vida da sociedade, passou-se a utilizar a ideia de função social para remeter sua análise ao interesse de toda coletividade.

Todavia, sendo esta tutela absorvida pelo Poder Judiciário, as previsões trazidas pelo Código Civil começaram a se mostrar obsoletas e distanciadas da realidade dos empresários, gerando incertezas nas contratações e nos negócios jurídicos celebrados pela frequente revisão judicial dos seus termos.

Verifica-se, então, que apesar dos preceitos constitucionais de proteção à ordem econômica por meio dos princípios da livre iniciativa e autonomia privada, o fortalecimento de instituições que assegurem as regras próprias dos direitos comerciais é imprescindível para credibilidade e segurança das atividades econômicas que contribuirão para o desenvolvimento do país.

A edição de normas que estabeleçam regras próprias aos contratos empresariais, preservando as características peculiares do direito comercial e, conseqüentemente, dos princípios econômicos constitucionais, mostra-se premente nos dias atuais.

Entende-se que a Lei da Liberdade Econômica vem, então, dar nova voz ao direito comercial que fora suprimido do Código Civil, tratando de forma diferenciada os contratos empresariais, o que lhes assegurará mais autonomia, liberdade, credibilidade e segurança.

3. A CRISE DO CONTRATO NO ÂMBITO DA REVISÃO JUDICIAL

Muito embora não exista uma definição uníssona para contrato, utilizaremos neste estudo a ideia de livres declarações de vontade, coincidentes, que visam à satisfação de um interesse comum, e que sujeitam cada parte à adoção de um comportamento pautado pela confiança, lealdade e boa-fé.

Considerando que as normas trazidas pelo Código Civil Brasileiro, especialmente seu artigo 112, que dispõe “nas declarações de vontade se atenderá mais a intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”, revelaram um aspecto mais voltado ao subjetivismo do que a busca pelo espírito do contrato, viu-se um crescente movimento no judiciário de intervenção dos contratos.

De mesma forma, a ausência de definição quanto à função social do contrato inserida no artigo 421 do Código Civil permitiu, nas palavras de Martins Costa (2005), dois distintos níveis de compreensão semântica, quais sejam, o que situa a função social como limite ao exercício da liberdade de contratar e como razão de ser do exercício dessa mesma liberdade.

Em decorrência desta ideia generalista inserida no texto legal, a utilização do princípio da função social do contrato como instrumento para realização da justiça social gerou a

intensificação da intervenção do Judiciário nos negócios jurídicos, revisando termos e cláusulas contratuais sem sequer ponderar os usos e costumes comerciais, a intenção comum das partes, e o efetivo espírito do contrato.

Sob este enfoque, Armando Castellar Pinheiro (2003) divulgou em seu artigo Judiciário, Reforma e Economia os resultados da pesquisa desenvolvida pelo IDESP (Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo), cujo objetivo era conhecer a visão dos magistrados sobre os problemas enfrentados pelo Judiciário Brasileiro e seu ponto de vista sobre a relação Judiciário-Economia.

Resultado alarmante, mas não desconhecido pelos operadores do direito, refere-se ao posicionamento dos juízes e desembargadores quanto ao entendimento de que cabe aos magistrados desempenhar papel de agentes da justiça social.

Para examinar a relevância desse fator, perguntou-se aos juízes se, levados a optar entre duas posições extremas, respeitar sempre os contratos, independentemente de suas repercussões sociais, ou tomar decisões que violem os contratos na busca da justiça social, uma larga escala dos entrevistados (73,1%) optaria por esta segunda alternativa.

Isso porque, em virtude da incompletude dos contratos (haja vista a impossibilidade de se prever num instrumento formal todas as hipóteses de acontecimentos que poderão se dar ao longo da relação jurídica), o Estado-Juiz vem sendo convocado a resolver conflitos entre as partes e revisar o conteúdo dos pactos firmados.

Todavia, em virtude da utilização de regras de interpretação e revisão contratual que não são próprias ao direito empresarial, as operações econômicas realizadas no âmbito do direito empresarial sentiram, nos últimos anos, crescente intervenção estatal para modificação do objetivo almejado pelas partes.

A postura do Judiciário, ao privilegiar os interesses da parte mais fraca do litígio, prejudica a confiabilidade das relações jurídicas e a credibilidade no ordenamento brasileiro, frustrando a expectativa dos agentes econômicos no resultado almejado.

Assim, desarranjado o ambiente do mercado em que se estruturam as relações jurídicas que permitem o desenvolvimento econômico do país, surge a Lei da Liberdade Econômica com o propósito de regular a menor intervenção do Estado nas relações contratuais e, conseqüentemente, restaurar a ideia do contrato como manifestação de vontade entre duas partes, que, por meio da relação de confiança travada, buscam alcançar um fim comum.

4. AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LLE NO DIREITO CONTRATUAL

Em razão da crescente intervenção estatal no âmbito das relações contratuais empresariais, viu-se que o direito empresarial necessitava de uma proteção diferenciada, visando fomentar a economia e reduzir a participação do Estado nas relações travadas entre particulares.

A Lei da Liberdade Econômica surge, então, com a intenção de ressaltar o contrato como instrumento fomentador da economia, e sobre o qual as partes podem exercer sua liberdade e autonomia, dialogando com uma sociedade empresarial que se encontra desprovida de um código próprio de normas para reger suas relações negociais.

Destaca-se:

Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos

do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.

§ 1º O disposto nesta Lei será observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente.

§ 2º Interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas.

(...)

Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:

I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;

II - a boa-fé do particular perante o poder público;

III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e

IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre os critérios de aferição para afastamento do inciso IV do caput deste artigo, limitados a questões de má-fé, hipersuficiência ou reincidência.

Vê-se que a intenção da lei é trazer nova perspectiva sobre o exercício da atividade econômica, dando efetividade aos preceitos constitucionais econômicos para desenvolvimento do país.

De acordo com as normas instituídas pela Lei da Liberdade Econômica, três são os pontos focais de modificação no direito contratual: a inserção no artigo 113, do Código Civil, de novos parâmetros para interpretação do negócio jurídico; a nova redação do artigo 421, CC que confere mais segurança e liberdade às partes pactuarem livremente os termos do contrato; a inclusão do artigo 421-A, CC, quanto à paridade e simetria dos contratos civis e empresariais.

Conforme se verá a seguir, a análise sistemática da nova lei não deixa dúvidas de que se buscou normatizar a autonomia e a liberdade das partes na celebração de contratos, com fins à retomada da credibilidade das relações negociais e a mínima intervenção estatal nos negócios realizados por partes em igualdade de condições.

4.1 OS NOVOS PARÂMETROS HERMENÊUTICOS

Anteriormente à promulgação da Lei da Liberdade Econômica, previa o artigo 113 do Código Civil que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Contudo, a ausência de parâmetros mais definidos sobre a interpretação dos negócios jurídicos permitiu que a jurisprudência construísse diferentes pontos de vista sobre as regras hermenêuticas de análise dos contratos, firmando uma posição pautada cada vez mais pelo subjetivismo e pela busca do favorecimento de um suposto sujeito mais fraco da relação.

Visando eliminar as dúvidas interpretativas dos contratos, a lei 13.874 inseriu os parágrafos primeiro e segundo no artigo 113:

§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;

III - corresponder à boa-fé;

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável;

V- corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

Conforme se verifica do já mencionado artigo 131 do Código Comercial de 1850, os novos parâmetros hermenêuticos inseridos no Código Civil mostram-se muito semelhantes àquilo que já havia sido pensado pelo legislador.

Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;

2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subsequentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas;

3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato de celebração do mesmo contrato;

4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras;

5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.

Isso significa que as regras interpretativas inseridas no Código Civil demonstram, verdadeiramente, a busca pela retomada do espírito do direito contratual como instrumento estimulante da economia e do comércio, tratando as relações comerciais em conformidade com a prática do local e como reflexo da confiança derivada do ajuste de vontade das partes.

Ora, a utilização do comportamento das partes posteriormente à celebração do negócio como parâmetro interpretativo do contrato nada mais é do que a verificação de comportamentos contraditórios entre os contratantes (*venire contra factum proprium*).

Pentado (2007) assim define:

Literalmente, *venire contra factum proprium* significa vir contra um fato próprio. Quando o ministro, no seu voto, invoca a teoria dos atos próprios, está falando desta vedação, ou seja, da proibição do comportamento contraditório – esta razão é implícita a toda a sua argumentação e, portanto, fundamento da decisão, quer se tome a palavra em seu sentido lógico, quer se tome a palavra em seu sentido axiológico. **O significado desta teoria é o de que ninguém estaria autorizado a contrariar um comportamento por si mesmo praticado anteriormente**, desde que este tenha uma função orientativa, ou seja, na medida em que dirija a conduta dos sujeitos ou implique na tomada de decisão por parte deles. **Na exata proporção em que é informação relevante e necessária para o agir, o ato próprio vincula, de modo que não pode ser contrariado sob pena de esta mudança de orientação quebrar a lealdade.**

Nota-se que o elemento principal, neste ponto, é a relação de confiança estabelecida entre as partes. Por isso, ao se verificar um comportamento contraditório, deve o intérprete do direito buscar restaurar a confiança que pautou o contrato firmado, o que encontra correspondência na boa-fé objetiva, que será adiante tratada.

Além da verificação do comportamento das partes, a nova lei prevê que a interpretação dos contratos deve respeitar os usos, costumes e práticas do mercado, a fim de proporcionar

congruência entre a interpretação e aquilo que é usualmente praticado no local, o que se traduz em mais previsibilidade e segurança às partes.

O inciso III do parágrafo primeiro, inserido no artigo 113, CC, determina, por sua vez, que a interpretação do contrato deve se pautar na boa-fé, isto é, na boa-fé objetiva, que se revela como um padrão de comportamento de lealdade, confiabilidade, esperado da parte.

Nas palavras de Orlando Gomes (2007):

Ao princípio da boa-fé empresta-se ainda outro significado. Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Numa palavra, devem proceder com boa-fé. Indo mais adiante, aventa-se a idéia de que entre o credor e o devedor é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato. A tanto, evidentemente, não se pode chegar, dada a contraposição de interesses, mas é certo que a conduta, tanto de um como de outro, subordina-se a regras que visam a impedir dificulte uma parte a ação da outra.

Vê-se que o inciso inserido apenas reitera o que já se encontra no caput do artigo, cuja percepção é a de que a intenção do legislador foi tão somente ratificar a importância da relação entre comportamento das partes, confiabilidade e lealdade para interpretação do negócio jurídico.

A regra de interpretação visando beneficiar a parte que não redigiu o dispositivo, por sua vez, refere-se às situações em que é possível verificar que apenas uma das partes foi autora daquela obrigação contratual e, em razão de uma omissão ou equívoco, não pode ser exigida em face dos demais sujeitos da relação.

Importante destacar que referida regra está em consonância à Sétima Regra de Pothier, explicada por Forgioni (2009) como aquele que está em posição de superioridade costuma ditar as regras do negócio, por isso, não há que se falar em interpretação extensiva que prejudique o agente em posição de sujeição.

Por fim, o inciso V visa à interpretação una do negócio, ressaltando sua unidade para melhor compreensão sobre aquilo que realmente buscavam as partes, o comportamento e o resultado que usualmente se espera naquele tipo de mercado.

Ou seja, é a síntese de tudo que se espera da interpretação do contrato, a prevalência do espírito do contrato, que leva em consideração a boa-fé, a mútua confiança, a prática adotada no mercado.

Ainda, o parágrafo segundo permite que as partes possam livremente pactuar as regras que ditarão a interpretação do contrato, revelando que o parâmetro elencado nos incisos do parágrafo primeiro não se trata de rol fechado e compulsório.

Dessa forma, o contrato poderá apresentar regras diferentes daquelas previstas em lei, sem que haja possibilidade de declaração de nulidade pela via judicial, vez que as partes que assumiram negócio jurídico livremente assim o quiseram.

As inserções no artigo 113, CC, especialmente o parágrafo segundo, não deixam dúvidas de que a autonomia das partes é preponderante na nova lei, para que haja mais liberdade na redação dos contratos e sua interpretação esteja em consonância com a intenção comum das partes.

Consequentemente, os novos parâmetros hermenêuticos e a possibilidade de os próprios sujeitos do contrato estabelecerem as regras para interpretação do seu negócio acarretará um exercício de aceitação e consciência dos Tribunais, a fim de que haja mitigação na intervenção dos negócios.

4.2 AS ALTERAÇÕES NA FUNÇÃO SOCIAL

Anteriormente à edição da Lei 13.874, o artigo 421 do Código Civil dispunha que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Todavia, com a nova lei, algumas mudanças importantes foram inseridas no artigo, que passou agora a disciplinar que a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Pela breve leitura da redação do caput do novo artigo, vê-se que a liberdade de contratar foi alterada para liberdade contratual, o que privilegia uma posição mais voltada para autonomia das partes, no sentido de se estabelecer livremente as cláusulas e as regras interpretativas do contrato.

Veja-se, neste ponto, que, apesar de semelhante expressão, a liberdade de contratar e a liberdade contratual possuem diferentes aspectos: enquanto a primeira se refere à autonomia do indivíduo em realizar negócios jurídicos num sentido amplo, a liberdade contratual faz referência à autonomia das partes em fixar deveres e direitos no instrumento do contrato.

Por esse motivo, a limitação dessa liberdade pela função social do contrato passou a ter uma nova conotação, referindo-se ao conteúdo do próprio contrato e não à restrição da autonomia das partes em firmar negócios jurídicos no mercado.

Aqui, além da interpretação jurídica dos princípios que regem o direito contratual, é necessária também uma compreensão semântica da lei.

Anteriormente à LLE, a liberdade de contratar deveria ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato, o que leva à ideia de se tratar de institutos vinculados: a função social como fundamento da relação contratual e como instrumento limitador da autonomia das partes em celebrar negócios jurídicos.

Em virtude dessa relação estabelecida pela redação primitiva do artigo, muito se discutiu sobre o real significado da função social do contrato, mostrando-se preponderante a ideia de que, apesar de o contrato visar interesses individuais, também deve ser submetido à proteção de interesses coletivos ou sociais.

Sem dúvida a nova redação do artigo revela grande avanço para o direito contratual, posto que a função social sai do plano da justiça social, e passa a ser utilizada como instrumento norteador do teor das cláusulas do instrumento contratual pactuado pelas partes.

Diz-se, então, que os sujeitos da relação jurídica poderão livremente escolher as regras interpretativas do seu contrato e os termos que permearão seu negócio, mas terão essa liberdade limitada pelo objetivo do pacto, isto é, pelo espírito do contrato, aquilo que as partes em comum buscam alcançar.

O parágrafo único do artigo 421 do Código Civil ainda traz uma nova concepção a ser aplicada no direito contratual, em consonância com a essência da LLE: Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Ora, se a intenção da nova lei é a declaração de direitos da liberdade econômica, nada mais justo que se inserir no direito contratual importantes preceitos para regular a menor intervenção do Estado na atividade empresarial, com fins ao crescimento do setor e à segurança dos negócios celebrados.

Assim, no âmbito do direito privado, terão as partes liberdade para estabelecer as cláusulas contratuais do seu negócio – observando não extrapolar o fim último do contrato – sem o temor de haver posterior revisão judicial dos termos estabelecidos.

Ressalte-se, neste ponto, crítica que se faz ao legislador da LLE ao inserir no parágrafo único a expressão excepcionalidade da revisão contratual, quando, na verdade, deveria ter havido a excepcionalidade da revisão judicial do contrato.

A revisão contratual, se decorrente de ajuste dos próprios contratantes, não pode ser considerada como uma exceção, haja vista a liberdade contratual das partes já prevista no caput do artigo.

Lado outro, a revisão judicial dos contratos, isto é, o julgador, terceiro que sequer participou da formação do instrumento, deve ser a excepcionalidade prevista na lei, a fim de que não se limite a autonomia contratual dos sujeitos da relação.

4.3 PARIDADE E SIMETRIA DOS CONTRATOS CIVIS E EMPRESARIAIS

Por fim, de importante relevância foi a inclusão do artigo 421-A no Código Civil:

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

- I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;
- II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e
- III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

Aqui, parece ter havido uma síntese em um dispositivo legal de todas as alterações que a LLE buscou introduzir no âmbito do direito contratual: a liberdade das partes em estabelecer os termos do contrato e suas regras interpretativas, a intenção comum dos sujeitos ou o espírito do contrato deve prevalecer para todos os efeitos do negócio e a intervenção mínima e excepcional do Estado na revisão dos contratos.

Não obstante, os termos inseridos no caput, fazendo referência a contratos civis e empresariais e sua presunção de simetria e paridade merecem análise mais aprofundada para melhor compreensão da amplitude de aplicação da lei.

Primeiramente, importa esclarecer que contratos empresariais, segundo Orlando Gomes, são aqueles celebrados entre empresários, seja pessoa física seja jurídica, ou entre empresário e não-empresário, mas sempre com o objetivo de lucro.

Os contratos civis, por sua vez, seriam todos aqueles contratos no âmbito do direito privado, celebrados entre não empresários ou entre empresário e não empresário sem qualquer intenção de lucro.

Neste ponto, questiona-se se, no âmbito dos contratos civis, estariam incluídos os contratos de consumo ou se a ressalva a regimes jurídicos previstos em lei especial seria suficiente para excluir os contratos consumeristas da aplicação das novas regras interpretativas previstas na lei.

Considerando que o Código de Defesa do Consumidor (lei n.º 8.078/90) regula matéria atualmente não disciplinada pelo Código Civil, vê-se se tratar de um microsistema especial e, por isso, as relações consumeristas não seriam acobertadas pelos novos parâmetros estabelecidos na LLE.

Parece-nos, em um primeiro momento, que poderia haver o entendimento de que a presunção de simetria e paridade referida na lei não poderia ser aplicada aos contratos de consumo. Não obstante, tendo em vista a polêmica doutrinária para definição de consumidor, importante a análise de cada caso concreto, a fim de que a extensão do conceito de destinatário final do produto ou serviço não sirva para exclusão da aplicabilidade da LLE.

Ademais, muito embora a vulnerabilidade não seja um pressuposto da relação consumerista, espera-se que as novas regras para interpretação dos contratos e a concepção

de menor intervenção nas relações negociais também sejam estendidas para o CDC, a fim de que, nas devidas proporções, seja um parâmetro ponderador das decisões judiciais.

Faz-se necessário que os operadores do direito, sobretudo magistrados e desembargadores, busquem racionalizar que os contratos, mesmos os de consumo, possuem um custo envolvido, seja entre seus sujeitos, seja para a sociedade, razão pela qual a revisão judícia l deve ser excepcional e limitada, como pretende a Lei da Liberdade Econômica.

No tocante à simetria e à paridade mencionadas na redação do artigo 421-A, CC, importa frisar que, apesar da redação confusa, vez que poderia significar, numa primeira leitura, a igualdade de condição entre contratos empresariais e contratos civis, entende-se que, em verdade, buscou o legislador afirmar a posição de igualdade existente entre as partes que celebram um contrato do tipo civil ou do tipo empresarial.

A simetria nos contratos civis e nos empresariais reflete, então, a ideia de que as partes possuem semelhante posição na relação negocial, isto é, têm interesses, expectativas, direitos e obrigações em conformidade uma com a outra.

Note-se que a ideia de assimetria das relações contratuais advém do desenvolvimento do direito do consumidor e do direito do trabalho, ao reconhecer que haveria uma parte identificada como mais fraca, hipossuficiente ou vulnerável, fazendo jus, portanto, a uma proteção diferenciada pela lei.

Em se tratando de contratos civis e de contratos empresariais, qualquer assimetria entre as partes deve ser entendida como informações, dados, atos e conduta em dissonância com o que havia sido acordado.

Por isso, faz-se necessária comprovação de eventual ocultação, falsidade, fraude ou conduta contrária à boa-fé e à lealdade contratual, visto que o critério para interpretação do negócio jurídico utilizará como regra sua simetria.

Da mesma forma, a paridade nos contratos civis e nos empresariais induz a ideia de bilateralidade do negócio, isto é, a existência de obrigações e direitos a ambas as partes, que possuem uma interdependência entre si.

Retirando quaisquer dúvidas sobre a interpretação dos contratos e a menor intervenção do Estado, a regra passa a ser a paridade e a similaridade, isto é, a posição de igualdade entre as partes, a qual somente poderá ser afastada mediante prova concreta de assimetria de informações.

Neste ponto, importante relevância foi dada à comprovação de elementos que afastem a presunção de simetria e paridade, o que significa não bastar a mera alegação de vulnerabilidade para que haja o afastamento da lei.

Tal comprovação, apesar de estar em consonância com o disposto no artigo 373 do Código de Processo Civil, revela ponto frágil da LLE. Quais seriam os elementos concretos para demonstração de vulnerabilidade ou hipossuficiência no negócio jurídico?

Julgamos que a intenção do legislador foi retirar a possibilidade de que a alegação de eventual hipossuficiência financeira ou econômica possa ser invocada como forma de afastamento da aplicação da lei, visto se tratar de contratos entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, visando a um objetivo comum.

A vulnerabilidade, neste caso, não poderia ser o ponto de apoio para retirar a aplicabilidade da lei. Por seu turno, a comprovação de que uma parte dolosamente ocultou informação importante para concretização do negócio, ou agiu em desconformidade com o que se esperaria naquele tipo de relação (os usos e costumes do local), revela elemento capaz de retirar a presunção de paridade e simetria dos contratos.

Diante disso, considerando os contratos empresariais e os contratos civis celebrados por partes em igualdade de condições, poderá haver a livre previsão de regras de interpretação das suas cláusulas, assim como já amplamente afirmado pelos artigos 113 e 421, do Código Civil.

Conseqüentemente, havendo a liberdade de interpretação, também haverá autonomia para parametrização das hipóteses de revisão e de resolução contratual, gerando segurança de que a intenção das partes não possa ser revisitada por um terceiro, sem qualquer critério.

De acordo com este mesmo pensamento, foi destacado pelo legislador o necessário respeito à alocação de riscos definida pelas partes, sob pena de usurpar a autonomia contratual tão fortemente incentivada pela LLE.

Robustece-se a ideia de que os contratos possuem um custo suportado por ambos os sujeitos e que, visando ao objetivo comum do negócio, são assumidos riscos pelas partes, podendo ocorrer em igualdade de condições, ou em diferentes proporções.

Nas duas circunstâncias, seja assumindo riscos em igual proporção, seja alocando-o em diferentes dimensões, o objetivo da lei é assegurar a plena liberdade das partes no estabelecimento do contrato da forma que melhor lhes aprouver.

5. CONCLUSÕES

Diante desse breve estudo sobre as alterações promovidas pela Lei da Liberdade Econômica no Código Civil, viu-se que a intenção da nova lei foi normatizar no direito contratual uma visão diferenciada aos contratos empresariais.

Tal fato se deve à supressão de importantes regras de interpretação do Código Comercial de 1850 pela promulgação do Código Civil Brasileiro, acarretando generalizações sobre a boa-fé objetiva, a função social do contrato, e da revisão judicial dos contratos pelos operadores do Direito.

Por isso, entende-se que a Lei da Liberdade Econômica ao reiterar a liberdade das partes em redigir cláusulas em conformidade com a intenção comum das partes, em estabelecer seus próprios parâmetros para interpretação dos contratos, em ter assegurada a revisão do contrato apenas de forma excepcional e quando comprovada, de forma concreta, a assimetria das partes, visa mudar também o olhar do Judiciário sobre os contratos empresariais.

O propósito, então, é dar mais relevância ao aspecto econômico do direito, haja vista a importância dos contratos empresariais para circulação de riquezas, geração de empregos, e promoção das cadeias produtivas. Por conseguinte, as implicações que uma interpretação equivocada de um contrato ou a intervenção não autorizada nos seus termos pode gerar fortes impactos no âmbito empresarial, contaminando a credibilidade e a segurança das relações pela excessiva intervenção do Estado.

Sabe-se que o entendimento doutrinário e jurisprudencial é fruto de uma construção lenta e sucessiva. Por isso, cabe ao operador do direito e intérprete da lei buscar a mudança da cultura do intervencionismo e da revisão judicial com a sensata aplicação das normas, fazendo com que a Lei da Liberdade Econômica seja catalisadora de uma nova era de segurança jurídica das relações contratuais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 jan 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 17 jan 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em 18 abril 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2020**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm. Acesso em 18 abril 2020.

CORRÊA, Priscilla Pereira Costa. **Direito e desenvolvimento: aspectos relevantes do judiciário brasileiro sob a ótica econômica**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2014.

DE LUCCA, Newton. Normas de interpretação contratual no Brasil. **Revista da Esmafe**, Pernambuco, v. 15, p. 57-104, 2007. Disponível em: <https://openjournalsolutions.com.br/esmafe/index.php/esmafe/article/view/183>. Acesso em: 22 março 2020.

FORGIONI, Paula. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 215-250.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 26ª ed., 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, Ordem Econômica e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 109-133, abr. 1998. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47171/45639>. Acesso em: 18 Jul. 2020.

MARQUES, Claudia Lima. **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. A noção de contrato na história dos pactos. **Organon**, Rio Grande do Sul, v. 6, n. 19, 1992. DOI: <https://doi.org/10.22456/2238-8915.39318>. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/organon/article/view/39318/25133>. Acesso em: 14 março 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. Crise e Modificação da Noção de Contrato no Direito Brasileiro. **Revista Direito do Consumidor**, vol. 3, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 127-154.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 41-66, mai. 2005. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35261/34057>. Acesso em: 14 Mar. 2020.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium. **Revista de direito privado**, v. 27, n. 1, p. 252-278, 2006.

PINHEIRO, Armando Castellar. **Judiciário, reforma e economia**: a visão dos magistrados. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/2900>. Acesso em: 15 Mar. 2020.

ROCCO, Alfredo. **Princípios de Direito Comercial**. Tradução do italiano por Prof. Cabral de Moncada. São Paulo: Saraiva & Companhia Editores, 1934.

SZTAJN, Rachel. Sociedades e contratos incompletos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. 101, p. 171-179, 2006. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/rfdusp/article/view/67703/70311>. Acesso em: 14 mar 2020.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

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

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS DECORRENTE
DO ABANDONO AFETIVO DO FILHO LGBT+

GUILHERME APARECIDO DA SILVA MAIA
DHAYANE MARTINS LOPES

VOLUME 13 | NÚMERO 2 | JUL/DEZ 2022

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO DO FILHO LGBT+

THE CIVIL LIABILITY OF PARENTS ARISING FROM THE EMOTIONAL ABANDONMENT OF THEIR LGBT + CHILD

Recebido: 20/02/2021
Aprovado: 30/12/2022

Guilherme Aparecido da Silva Maia¹
Dhayane Martins Lopes²

RESUMO:

O trabalho tem como objetivo apresentar a evolução histórica e conceitual da família com base nas legislações pretéritas e atuais. A metodologia adotada foi a de revisão bibliográfica e legislativa. Para tanto, explana-se a importância do afeto como princípio geral de Direito e a necessidade da sua aplicação no judiciário. Enumera-se ainda quais as obrigações advindas da relação paterno-filial, principalmente a figura da convivência e do mútuo respeito como obrigação dos genitores e as implicações do não cumprimento dos deveres impostos. Demonstra-se os danos causados ao jovem LGBT+ quando abandonado afetivamente pelos pais e estuda-se a possibilidade de majorar a indenização pecuniária prevista, decorrente da discriminação.

Palavras-chave: Dignidade humana. Abandono afetivo. Discriminação. Responsabilidade civil. Indenização.

ABSTRACT:

The work aims to present the historical and conceptual evolution of the family based on past and current legislation. The adopted methodology was the bibliographic and legislative revision. Therefore, the importance of affection as a general principle of law and the need for its application in the judiciary are explained. It also lists the obligations arising from the paternal-filial relationship, especially the figure of coexistence and mutual respect as an obligation of the parents and the implications of non-compliance with the duties imposed. The damage caused to the LGBT + youth is demonstrated when he is affectionately abandoned by his parents and the possibility of increasing the expected financial compensation due to discrimination is being studied.

Keywords: Human dignity. Affective abandonment. Discrimination. Civil responsibility. Indemnity.

¹ Pós-doutorado em Direito, pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), doutorado e mestrado em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional (UNIDERP), na linha de pesquisa Sociedade, Pesquisa e Desenvolvimento Regional, especialização em “Agente de Inovação e Difusão Tecnológica” (UFMS), e, graduação em Direito (CESUT). Advogado atuante (OAB/MS 7.120-B); Vice-presidente da Comissão de Propriedade Intelectual da OAB/MS; professor do curso Direito, das disciplinas: Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direitos de Autor e Propriedade Industrial, Direito Ambiental, Direitos Humanos, Teoria do Direito, Gestão Pública, dentre outras. E-mail: professorguilhermemaia@gmail.com

² Possui graduação em Direito pela Faculdade Estácio de Sá Campo Grande MS. E-mail: dhayane.martins@gmail.com

INTRODUÇÃO

Muito se discute sobre a responsabilidade civil por abandono afetivo paterno-filial, sendo este um tema relativamente novo e de muita divergência em nossos tribunais. Sabe-se que a lei impõe deveres do genitor para com o filho, entretanto, não deixa claro se o afeto, o amor e o carinho integram este rol.

Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo arrazoar a importância do afeto nas relações familiares e conseqüentemente analisar a possibilidade de responsabilizar civilmente os pais pela omissão deste cuidado aos filhos LGBT+.

Para tanto, é imprescindível discorrer precipuamente acerca do conceito de família e sua evolução em nosso ordenamento jurídico, bem como elencar quais são as obrigações advindas desta relação.

Será abordada ainda a posição do Supremo Tribunal Federal (STF) ante as pautas LGBT+, que relegados ao amparo da doutrina e das decisões judiciais, lutam cada vez mais contra as forças conservadoras que pairam sobre o Congresso Nacional e a falta de políticas públicas que abarquem toda sua diversidade.

Não obstante todo o histórico de exclusão social e preconceitos enfrentados por adolescentes e jovens LGBT+, incompreendidos, desde muito cedo precisam lidar com a dissolução dos vínculos familiares, pois na maioria dos casos são expulsos de casa por seus genitores.

Acerca disso, é essencial discorrer também sobre a orientação sexual como um direito personalíssimo, atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, que deve, portanto, ser respeitado pelos pais, independentemente de suas convicções pessoais ou religiosas.

Em que pese não existir regra que trate especificamente do tema proposto, analisar-se-á, por fim, a possibilidade de majorar a indenização pecuniária em decorrência do abandono afetivo justificado pelo preconceito e pela discriminação. Num primeiro momento, por analogia, com base na LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e na Lei nº 7.716/1989, e por último, com base na Teoria do Dano Existencial.

205

EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITUAL DE FAMÍLIA

Inicialmente faz-se necessário esclarecer que a doutrina ainda discute sobre a definição de família, haja vista que este é um conceito amplo que abarca diversos significados e interpretações, mas em constante evolução. Deste modo, pode-se dizer que, juridicamente, “família” foi um dos termos que mais reuniu variações ao longo dos anos, sendo verdadeiramente “um caleidoscópio de relações que muda no tempo de sua constituição e consolidação em cada geração, que se transforma com a evolução da cultura, de geração para geração.”³

Uma das primeiras definições de família possuía um modelo conservador e matrimonializado, além de ser condicionada a questões estritamente biológicas. Nesse sentido, Clóvis Beviláqua, definiu a família como sendo:

Um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie.⁴

³ LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. Coordenação Maria Berenice Dias. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.57.

⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 16.

Em linhas bem gerais a Constituição Republicana e os Códigos Civis pretéritos, ponderavam apenas dois critérios para a legitimação da família: o casamento civil heterossexual indissolúvel e a consanguinidade com vistas à reprodução e à formação de patrimônio, por forte influência da igreja católica e do direito canônico, que disciplinavam que se não houvesse casamento, não existia família.

Maria Berenice Dias complementa que o núcleo familiar daquela época “dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal”⁵, sendo o homem a figura central, o chefe da casa, detentor do pátrio poder, enquanto a mulher e os filhos eram considerados meros colaboradores, subordinados aos mandos e desmandos do *pater familias*.

Quanto aos filhos, estes “sempre estiveram sob os cuidados da mãe, pelo absoluto despreparo dos homens para as atividades da maternagem. Afinal, nunca puderam brincar com bonecas”.⁶ Os meninos eram educados para serem os provedores, os tradicionais chefes da família. Já as meninas eram exclusivamente treinadas para as atividades do lar, para que fossem boas esposas e boas mães. Aos filhos cabia apenas o dever de obediência, sendo punidos em descumprimento deste. Não havia uma relação próxima, muito menos afeto.

Ao analisar tais definições, resta claro que não existia igualdade entre os membros que compunham a família. Nota-se também que o Código Civil da época não se preocupava em propiciar paridade, tanto material quanto moral entre os entes. Vide os artigos do *códex* que versavam acerca da família:

Art. 233. *O marido é o chefe da sociedade conjugal.*

Compete-lhe:

I. A representação legal da família.

II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I, e 311).

III. *O direito de fixar e mudar o domicílio da família* (arts. 46 e 233, nº IV).

IV. *O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal* (arts. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II, e 247, nº III).

V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.

Art. 240. A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família.⁷

CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE FAMÍLIA

Este modelo limitado e taxativo de família só foi flexibilizado de forma expressa com a promulgação da Constituição Federal de 1988, período em que se propagou o estado democrático de direito no Brasil e o princípio da dignidade humana como preceito fundamental.

Dessa perspectiva, diz Zeno Veloso que “a constituição da república de 1988, num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito”.⁸ Destaca-se especialmente o artigo 226 em que o legislador não faz mais distinção entre o homem e a mulher e impõe aos dois a decisão do planejamento familiar, vejamos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

5 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13. ed. rev., atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 43.

6 *Ibid.*, p.373.

7 BRASIL. LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 19/09/2020.

8 VELOSO, Zeno *apud* DIAS, Maria Berenice, op. cit., p.46

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

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

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.⁹

Ao analisar o novo texto da constituinte de 1988 é inegável que a ideia de família mudou substancialmente. Precipualemente pelo fim da veneração e supremacia da figura masculina e pela concessão de particularidade a cada membro do núcleo familiar, desvinculando-os do poder patriarcal, trazendo emancipação para a mulher e a proteção integral para a criança e ao adolescente, sendo considerados desde então, sujeitos de direito.

O Código Civil de 2002 em seu livro IV, também considerando as evoluções sociais, regulamentou diversas possibilidades que antes pareciam inalcançáveis, como por exemplo, o divórcio, os novos arranjos familiares e a isonomia entre homem e mulher, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros, inclusive os filhos havidos dentro ou fora do casamento, que antes eram tratados de formas diferentes, promovendo uma expressiva ruptura de paradigmas.

O PLURALISMO DAS ENTIDADES FAMILIARES

É imperioso pontuar que além da evolução legislativa, incontáveis fatores contribuíram para que se dessem novas definições e significados à família. Como exemplo, podemos citar o surgimento das famílias extensas, homoafetivas e eudemonistas que se caracterizam pela ausência de vínculos estritamente biológicos e se fincam no afeto e na busca da felicidade pessoal e solidária de cada um de seus membros como base dessas relações.

Este novo arranjo deixou a ideia do núcleo singular e genético para trás e conceitua a família como sendo plural, cultural e moderna, pautada principalmente pelo afeto, conforme sintetiza Rodrigo da Cunha Pereira:

A família passou a ser predominantemente *locus* de afeto, de comunhão de amor, em que toda forma de discriminação afronta o princípio basilar do Direito de Família. Com a personalização dos membros da família, eles passaram a ser respeitados em sua esfera mais íntima, na medida em que disso depende a própria sobrevivência da família, que é um meio para realização pessoal de seus membros. Um ideal em construção.¹⁰

Portanto, levando em consideração todas as mudanças e inovações trazidas pela Carta Magna e pelo *Códex* Civil, será destrinchado nos tópicos seguintes a questão do afeto, do qual tanto mais se falará, enquanto valor jurídico, que apesar de não ser citado uma vez sequer no texto constitucional, foi legitimado pela doutrina como princípio fundamental no Direito das Famílias.

⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2017, p.68.

¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

O AFETO COMO VALOR JURÍDICO

Na intenção de humanizar as relações familiares no judiciário, a doutrina adotou a afetividade como princípio constitucional implícito, irradiado dos princípios da dignidade humana e da solidariedade, que são as bases do Direito das Famílias.

Nos dizeres de Maria Berenice Dias, “o afeto ganhou *status* de valor jurídico e tornou-se um elemento balizador e catalizador dos vínculos familiares e sua base de sustentação.”¹¹

Conforme aludido anteriormente, o texto constitucional não menciona uma vez sequer a palavra afeto ou algum sinônimo desta, entretanto, o Código Civil vigente, no capítulo XI que dispõe acerca da proteção da pessoa dos filhos, invoca que a afetividade é um pressuposto para a concessão de guarda a terceira pessoa, como enuncia:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e *afetividade*.¹²

Da mesma forma, o ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 25, expressamente se refere à afetividade ao definir a família extensa, *in verbis*:

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e *afetividade*.¹³

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), em seu artigo 5º, inciso III, também menciona a questão da afetividade ao definir a família como uma *relação íntima de afeto*.

Assim, não se pode negar a importância da afetividade na instituição da família. De acordo com Flávio Tartuce, o afeto foi alçado à condição de princípio geral e que uma das consequências disso é a admissão da reparação por danos em decorrência do abandono afetivo:

Em decisão anterior, o STJ acabou por concluir que não caberia indenização a favor do filho em face do pai que o abandona moralmente [...] Sustentou-se que não haveria qualquer ato ilícito na conduta do pai que abandona afetivamente o filho, pois o afeto não pode ser imposto na referida relação parental. Demonstrando evolução quanto ao tema, surgiu mais recente decisão do próprio STJ em revisão à ementa anterior, ou seja, admitindo a reparação civil pelo abandono afetivo [...] Em sua relatoria, a Min. Nancy Andriighi ressaltou que o dano moral estaria presente diante de uma obrigação inescapável dos pais em dar auxílio psicológico aos filhos. Aplicando a ideia do cuidado como valor jurídico.¹⁴

A justiça não pode obrigar alguém a amar, entretanto, por ser o afeto um direito personalíssimo, inerente à constituição da pessoa humana e necessário para o seu desenvolvimento, deve o judiciário atuar pedagogicamente ao garantir ao filho abandonado uma compensação por não ter sido cuidado.

¹¹ DIAS, Maria Berenice, op. cit., p.75.

¹² BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20/09/2020.

¹³ BRASIL. LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 23/09/2020.

¹⁴ TARTUCE, Flávio. *O Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Site Jusbrasil, 2012. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 06/10/2020.

AS OBRIGAÇÕES ADVINDAS DA RELAÇÃO PARENTAL

Diante da necessidade de regular os direitos constitucionalmente previstos, em 1990 o Estado Brasileiro promulgou a Lei nº 8.069 que se trata do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), com o intuito de garantir todas as prerrogativas inerentes à pessoa dos filhos.

De acordo com artigo 4º do ECA é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Além disso, o Código Civil de 2002 entre seus artigos 1.630 e 1.638, elenca uma série de obrigações dos pais para com os filhos. Dentre os quais está o Poder Familiar, que constitui uma relação jurídica de direitos e obrigações entre pais e filhos. Além de irrenunciável, Maria Berenice Dias ressalta que o Poder Familiar é:

[...] intransferível, inalienável, imprescritível, e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados.¹⁵

Ainda assim existe uma construção social perpetrada de que os pais podem fazer o que bem entendem com seus filhos, por força do poder familiar, e que estes lhes devem respeito e honra acima de qualquer situação que possa ser experienciada no âmbito familiar ou em razão desta. Quanto a isso, não há que se falar, de fato, é constitucional que os filhos honrem e respeitem seus pais, desde que tais sentimentos sejam recíprocos, pois a relação parental não deve ser via de uma mão só.

Dessa perspectiva, Maria Berenice Dias enfatiza que “de objeto de poder, o filho passou a ser sujeito de direito.”¹⁶ A autora ainda menciona que o ECA, acompanhando a evolução do âmbito familiar, instituiu que a relação parental deixasse de lado o sentido de dominação para se tornar sinônimo de proteção, com mais obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles, abrigando assim, uma nova configuração de poder familiar, em que se prevalece o princípio da proteção integral da criança e do adolescente.

Corroborando Guilherme Calmon Nogueira da Gama ao dizer que “a autoridade parental está impregnada de deveres, não apenas no campo material, mas, principalmente, no campo existencial, devendo os pais satisfazer outras necessidades dos filhos, notadamente de índole afetiva.”¹⁷

O ABANDONO AFETIVO COMO VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

A doutrina define que o abandono afetivo se caracteriza no puro sentido da palavra: a falta de afeto, de cuidado, de assistência moral e psíquica, sobretudo, a omissão de deveres. Rodrigo da Cunha Pereira ao discorrer sobre o tema, menciona que:

¹⁵ RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. *Poder familiar na atualidade brasileira*. Site IBDFAM, 2015. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/1024/Poder+familiar+na+atualidade+brasileira>>. Acesso em: 20/10/2020.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice, op. cit., p.303.

¹⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da *apud* DIAS, Maria Berenice, op. cit., p.304.

O abandono afetivo é uma expressão usada pelo Direito das Famílias para designar o abandono de quem tem a responsabilidade e o dever de cuidado para com o outro parente. É o descuido, a conduta omissiva, especialmente dos pais em relação aos filhos menores.¹⁸

Nesse sentido, destaca-se o artigo 227 da Constituição Federal bem como o artigo 19 do ECA, que determinam o direito ao pleno desenvolvimento da criança (até 12 anos) e do adolescente (entre doze e dezoito anos), devendo estes serem criados e educados no seio de suas famílias, colocados a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, e que os responsáveis por dar efetividade a essas garantias são a família, a sociedade e o Estado, como já mencionado.

Com base nisso, diante de todo o exposto até o momento, compreende-se que ao ser privado do direito de convivência por um dos genitores ou ambos, em face do rompimento do elo afetivo, o desenvolvimento saudável da criança ou adolescente corre risco de danos irreparáveis, atrelado ao fato de ser uma grave violação da dignidade humana.

Desta forma, configura o abandono afetivo, ato ilícito, passível de responsabilização civil e conseqüentemente de indenização pecuniária.

DA POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PAIS

Entende-se por responsabilidade civil a obrigação de reparar o dano ou prejuízo que uma pessoa causou a outra. Neste prisma, Maria Helena Diniz, ilustra que a responsabilidade civil consiste na:

Aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causados a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.¹⁹

Assim, o dever de indenizar ocorre quando presentes os requisitos de ação ou omissão que violem o direito, dano moral e/ou material e nexos de causalidade, conforme exposto no artigo 186 do Código Civil, *in verbis*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”²⁰

Parte da doutrina e alguns tribunais entendiam ser incabível e infundada a pretensão de indenizar os prejuízos causados em decorrência do abandono afetivo, pelo motivo de os pais não serem obrigados a amar os filhos e por não ser possível monetizar o amor ou equiparar o abandono a uma conduta ilícita. Deste modo de entendimento, vislumbra Leonardo Castro:

O afeto não é decorrente do vínculo genético. Se não houver uma tentativa de aproximação de ambos os lados, a relação entre pai e filho estará predestinada ao fracasso. A relação afetiva deverá ser fruto de aproximação espontânea, cultivada reciprocamente, e não de força judicial. [...] Se a solução para o problema fosse o dinheiro, a própria pensão alimentícia atenderia o objeto da reparação [...] Nas relações familiares, cabe ao Judiciário apenas a defesa aos direitos fundamentais do menor. A sua intromissão em questões relacionadas ao sentimento é abusiva [...] O amor é resultado de algo alheio ao nosso entendimento, e não da coação.²¹

18 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.384.

19 BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. *Definindo a responsabilidade civil no cenário atual*. Site Âmbito Jurídico, 2011. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/definindo-a-responsabilidade-civil-no-cenario-atual/>>. Acesso em: 20/09/2020.

20 BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em: 19/09/2020.

21 CASTRO, Leonardo. *Indenização por abandono afetivo não aproxima pais e filhos*. Site ConJur, 2007. Disponível em: <<https://>

Entretanto, Maria Berenice brilhantemente contrasta:

Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência de sequelas psicológicas deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai [ou dos pais] com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de atribuir um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor.²²

A autora justifica que o entendimento de reparabilidade encontra respaldo no artigo 952 do Código Civil, uma vez que atinge o sentimento de estima frente a determinado bem. Do mesmo modo, os artigos 186 e 187 do Código Civil asseguram expressamente a reparação pecuniária dos danos extrapatrimoniais, por se tratar de ato ilícito.

Em virtude disso, Álvaro Villaça de Azevedo corrobora:

O descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa severa atuação do Poder Judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o cumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença.²³

Um dos grandes julgados favoráveis à concessão de indenização pecuniária em decorrência do abandono afetivo, que abriu precedentes para muitos outros, inclusive, foi relatado pela Eminente Ministra Nancy Andrighi, em 2012. No acórdão proferido (REsp nº 1.159.242), da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, a ministra acentuou que “amar é faculdade, cuidar é dever.”²⁴

A ação foi movida por uma filha que inicialmente teve o reconhecimento forçado da paternidade, e posteriormente ingressou com ação indenizatória por danos morais e materiais em face do genitor, motivado pelo abandono. Em primeira instância o pedido foi indeferido. Já em segunda instância, a Desembargadora Daise Forjado Jacot, reformou a decisão, configurando o abandono material e moral.

No que se refere à possibilidade da aplicação da responsabilidade civil no âmbito do Direito das Famílias, ilustra a ministra Nancy Andrighi, no supracitado acórdão que inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

Apesar de existirem diversas controvérsias jurisprudenciais acerca do caso em tela, o judiciário tem sido cada vez mais sensível no que tange aos vínculos afetivos como característica essencial das relações familiares. Deste modo, quando restar verificado a violação de qualquer direito inerente aos filhos, caberá ao judiciário cumprir seu dever de forma justa e que atenda ao melhor interesse da criança e do adolescente.

O ABANDONO AFETIVO EM DECORRÊNCIA DA ORIENTAÇÃO SEXUAL

Inúmeros são os casos de jovens que são expulsos de casa, ainda menores de 18 anos, pelos pais em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Os motivos são diversos, porém, os casos mais comuns são de famílias que não aceitam a homossexualidade por acreditarem que é uma conduta imoral, promíscua e pecaminosa, ou ainda uma opção.

www.conjur.com.br/2007-dez-06/punir_abandono_afetivo_nao_aproxima_pais_filhos?pagina=3#:~:text=O%20afeto%20n%C3%A3o%20%C3%A9%20decorrente,e%20n%C3%A3o%20de%20for%C3%A7a%20judicial.> Acesso em: 20/09/2020.

²² DIAS, Maria Berenice, *op. cit.*, p.341.

²³ SANTOS, Saruzze Pereira. *Consequências psicológicas e jurídicas do abandono afetivo*. Site Conteúdo Jurídico, 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51067/consequencias-psicologicas-e-juridicas-do-abandono-afetivo>> Acesso em: 20/09/2020.

²⁴ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão. Recurso Especial 1.159.242-SP. 3ª Turma. Civil e processual civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. Relatora Ministra Nancy Andrighi. 2012.

No que se refere à orientação sexual como opção ou escolha, desmistifica o Psicólogo João Batista Pedrosa que:

A homossexualidade tem, segundo a psicologia Evolucionista e a Engenharia Genética, bases genéticas, o que não permite ao homossexual simplesmente optar pela sua preferência sexual. Trata-se nesse prisma, de orientação, e não mera opção (...) Não se opta, destarte, pela cor dos olhos, pela estatura, assim como não se opta pela orientação sexual.²⁵

André de Carvalho Ramos, de modo excepcional, acentua: “o direito fundamental à livre orientação sexual consiste no direito ao respeito, por parte do Estado e de terceiros [...] não podendo dela ser extraída nenhuma consequência negativa ou restrição de direitos”.²⁶

Em uma rápida e simples busca pela internet é possível nos depararmos com diversas notícias de adolescentes que foram abandonados afetivamente ou expulsos de casa pelos pais em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero, sofrendo tanto agressões psicológicas quanto físicas. Além disso, na maioria dos casos, o jovem fica sem condição alguma de subsistência, como é o caso do relato abaixo:

“Eu não tinha para onde ir”. O relato é de M.C.L, 24 anos, *expulso de casa aos 16 pela própria família por ser homossexual*. [...] “Nenhum parente aceitou que eu fosse [morar com eles]. Pedi ajuda para uma tia que disse que gostava de mim, mas quando soube da história, pulou fora. Ela disse que era crente”.²⁷

Consigna-se que casos como estes são mais corriqueiros do que se pode imaginar. Contudo, é necessário dizer que autônomo ao fato de o homossexual ser o filho de alguém, ele é detentor precipuamente de direitos fundamentais pécios, e dentre estes, o direito à livre orientação sexual e à tolerância que são inerentes a dignidade da pessoa humana, insertos no artigo 3º, inciso IV da Magna Carta, a saber: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”²⁸

Nesse sentido, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti enfatiza que “do princípio da dignidade humana também decorre a obrigação de tolerância ao próximo, o que significa que todas as pessoas merecem a mesma tolerância pelo simples fato de serem pessoas humanas”²⁹ e complementa dizendo que “a tolerância é pressuposto da vida em sociedade. Ninguém é obrigado a aceitar ninguém, mas todos são obrigados a tolerar qualquer pessoa, tratando-a com cordialidade ou, ao menos, não a ofendendo.”³⁰

Insta salientar, que o abandono afetivo nestes casos, pode ser configurado mesmo que o filho coabite com a família. A partir do momento em que começa a lidar com humilhações, indiferença e passa a sentir-se discriminado, sozinho, sem o direito de conviver de forma saudável e participativa no âmbito familiar.

Um estudo realizado nos EUA em 2015 mostra que 40% dos adolescentes LGBT+ que participaram da pesquisa, consideraram, planejaram ou tentaram cometer suicídio em algum momento da vida.³¹

Acerca disso, Marina Reidel, Diretora de Promoção de Direitos LGBT do Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos no Brasil, ressalta que “a maioria dos jovens LGBT que

25 SILVA, Rodrigo Alves da. *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. Coordenação Maria Berenice Dias. *op. cit.*, p.350.

26 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.1192.

27 COUTINHO, Francisco. *Gays expulsos de casa: “eu não tinha para onde ir”*. Site Diário GM, 2020. Disponível em: <<https://www.diariogm.com.br/social/gays-expulsos-de-casa-eu-nao-tinha-para-onde-ir>>. Acesso em: 10/10/2020.

28 BRASIL. Constituição (1988). *op. cit.*, p.9.

29 VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Coordenação DIAS, Maria Berenice. *op. cit.*, p.97.

30 *Ibid.*, p.99.

31 CAPUTI TL, SMITH D, AYERS JW. *Suicide Risk Behaviors Among Sexual Minority Adolescents in the United States*, 2015. JAMA. v. 318, n. 23, p. 2349-2351, 2017.

cometem suicídio deixam registros que foi pela *incompreensão da família* ou dos colegas de escola. Assim sem apoio *familiar* ou institucional acabam cometendo este ato”.³²

Logo, resta claro que os traumas do adolescente LGBT+, a dor, a dificuldade ínsita à aceitação, que, por si só, é um tremendo sofrimento, só aumenta com o abandono afetivo, pois o conduz à “involução social, comprometendo-se, sobremaneira sua autoestima, sua autoconfiança, sua autoaceitação e sua autoimagem.”³³

DEMONSTRATIVO DE MORTES VIOLENTAS DE PESSOAS LGBT+ NO BRASIL

Apesar de a constituição e as leis brasileiras terem passado por grandes e significativas evoluções, relações familiares conservadoras e abusivas são comuns nos dias atuais. Tal conjuntura reflete uma sociedade machista e preconceituosa, em que a heteronormatividade é regra.

De acordo com o relatório do Grupo Gay da Bahia (GGB)³⁴, a cada 26 horas um LGBT+ morre de forma violenta vítima de homicídio ou suicídio no Brasil, o que faz do país o campeão mundial de crimes contra as minorias sexuais.³⁵

O relatório ainda afirma que nos casos de suicídio, as vítimas eram egodistônicas, vivendo no “armário”, por serem vítimas de LGBTfobia e reprimidas pela *família* ou grupos relacionais.

De 2000 a 2019, foram registradas 4.809 mortes violentas de pessoas LGBT+ no país. O GGB ressalta que a atmosfera preconceituosa presente no âmbito familiar, a disseminação de discursos de ódio encabeçada pelo atual governo, bem como a inexistência de políticas públicas de enfrentamento da impunidade dos crimes praticados contra pessoas LGBT+, atuam como elementos de motivação e favorecimento da violência.

Em junho de 2019, como um alento, o Supremo Tribunal Federal (STF), por 8 votos a 3, julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, e decidiu pela criminalização da homofobia, enquadrada no tipo penal do crime de racismo, incluída no conceito de “raça social”, em que a pena pode chegar a 5 anos de reclusão mais multa.

O crime praticado contra pessoas LGBT+ também poderá ser utilizado como qualificadora de motivo torpe nos casos de homicídios dolosos, o que majora a pena prevista.

Mesmo esta não sendo uma prerrogativa do judiciário, os ministros entenderam que o Congresso não pode ser omissivo e deixar de legislar no combate às formas de discriminação. Por este motivo, determinou que casos de agressão contra pessoas LGBT+ sejam enquadrados na Lei nº 7.716/1989 até que o Congresso aprove uma norma específica.

A ministra Carmem Lúcia, em seu voto, afirmou que todo preconceito é violência e a Corte deve proteger os direitos fundamentais de todo ser humano. Em suas palavras:

“Numa sociedade discriminatória como a que vivemos, a mulher é diferente, o negro é diferente, o homossexual é diferente, o transexual é o diferente, diferente de quem traçou o modelo porque tinha poder para ser o espelho. Preconceito tem a ver com poder e comando (...) toda discriminação é causa de sofrimento, mas eu aprendi que alguns sofrimentos

32 GUAGLIANONE, Diego. #SaúdeMental: LGBTfobia causa danos psicológicos que precisam de atenção. Site UBES, 2018. Disponível em: <<https://ubes.org.br/2018/saudemental-lgbt-fobia-causa-danos-psicologicos-que-precisam-de-atencao/>>. Acesso em: 25/10/2020.

33 DIAS, Maria Berenice, *op. cit.*, p.348.

34 O Grupo Gay da Bahia é uma ONG que atua na defesa dos direitos de pessoas LGBT+ no Brasil desde 1980. Sua sede está localizada em Salvador, é a mais antiga organização do país ainda em atividade. A ONG atuou fortemente na campanha pelo fim de homossexualidade como “desvio e transtorno mental” e desde 1982 publica relatórios com os números das violências praticadas contra pessoas LGBT+.

35 OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de. *Mortes violentas de LGBT+ no Brasil – 2019*: Relatório do Grupo Gay da Bahia. 1. ed. – Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2020, p. 13.

impõem mais sofrimentos que outros, porque alguns são *feridas curtidas já em casa*, na qual a *discriminação castiga a pessoa desde o seu lar*³⁶

Essa cultura cruel de discriminação e violência exerce forte influência nos casos de abandono afetivo de jovens LGBTQ+, que por consequência são expostos a inúmeros graus de violência e negligência apenas por ser quem são, pois como vimos não se trata de opção ou escolha, nascem assim. Já os pais, escolhem abandoná-los ou não, tendo em vista que não se tem na doutrina ou na jurisprudência relatos ou dados que justifiquem tal conduta.

Corroborar Maria Berenice Dias, ao inferir que:

A família é uma construção cultural. Uma estruturação psíquica, na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função [...] É essa estrutura familiar que interessa investigar e preservar em seu aspecto mais significativo, de um verdadeiro LAR: Lugar de Afeto e Respeito.³⁷

Desta forma, identifica-se a elevada importância da família na vida da criança e do adolescente, devendo esta ser lugar de afeto, acolhimento, aceitação e respeito, afinal, não se espera outra coisa de uma instituição que é a base da sociedade e o primeiro agente socializador do ser humano.

DA POSSIBILIDADE DE MAJORAR A INDENIZAÇÃO EM CASOS DE ABANDONO AFETIVO DECORRENTE DA ORIENTAÇÃO SEXUAL

Como se viu, na seara penal a majoração da pena para os crimes praticados em decorrência de discriminação já é uma realidade. Nesse ínterim, cumpre analisar se tal medida não poderia também ser aplicada na esfera da responsabilidade civil, em casos de abandono afetivo especificamente.

Está-se diante de um caso em que não existe regulamentação explícita quanto à indenização, entretanto, “a falta de lei não significa a ausência de direito”.³⁸

Nos casos de abandono afetivo, o *quantum* indenizatório fica sob a discricionariedade do juiz, que o quantifica de acordo com os danos suportados pela criança ou adolescente, conforme exposto no artigo 944 do Código Civil, “a indenização mede-se pela extensão do dano”³⁹

Os atos ilícitos praticados pelos pais nestes casos resultam graves danos e violações das garantias fundamentais dos filhos LGBTQ+, que em muitos dos casos, ao serem abandonados pela família ou expulsos de casa, não lhes resta alternativa a não ser procurar na rua uma forma de sustento e moradia, tendo em vista que não possuem qualquer forma de subsistência.

Por exemplo, uma estimativa feita pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), aponta que 90% das pessoas trans recorrem à prostituição como fonte de renda em algum momento da vida. “Somam-se às dificuldades do próprio mercado, as privações dos travestis que geralmente têm *baixa escolaridade e pouca qualificação profissional*, devido a todo o processo de *exclusão social e familiar*.”⁴⁰

36 RICHTER, André. *Supremo decide criminalizar a homofobia como forma de racismo*. Site Agência Brasil, 2019. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-06/supremo-decide-criminalizar-homofobia-como-forma-de-racismo>>. Acesso em: 21/09/2020.

37 DIAS, Maria Berenice, *op. cit.*, p.43.

38 DIAS, Maria Berenice, *op. cit.*, p.33.

39 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 19/09/2020.

40 OBSERVATÓRIO LEGISLATIVO DA INTERVENÇÃO FEDERAL NA SEGURANÇA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO. *Violência contra travestis e transexuais*. Site OLERJ. Disponível em: <<http://olerj.camara.leg.br/retratos-da-intervencao/retratos-da-intervencao-federal>>. Acesso em: 22/09/2020.

Sendo assim, para que seja alcançado o respeito socialmente devido a todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, é necessária a participação de um judiciário atento às mudanças sociais, agregando aos que buscam pela tutela jurisdicional, ações afirmativas no combate ao preconceito.

DA MAJORAÇÃO POR ANALOGIA

Tendo em vista que inexistindo lei nesse sentido, e tendo como imprescindível a prestação jurisdicional adequada ao caso em tela, poderão ser utilizadas as regras de integração, consoante preceitua o artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), quais sejam, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Poderia o magistrado, além da aplicação da teoria geral da responsabilidade civil, valer-se por analogia, da Lei nº 7.716/1989 para majorar a indenização em casos de abandono afetivo em decorrência da orientação sexual ou identidade de gênero, “justificado” pela prática criminosa do preconceito e da discriminação, conforme previsto:

Art. 20. *Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.*

Pena: reclusão de um a três anos e multa

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.⁴¹

Acerca disso, Gagliano e Pamplona Filho diz que:

Logicamente, dinheiro nenhum efetivamente compensará a ausência, a frieza o desprezo de um pai ou de uma mãe por seu filho, ao longo da vida. Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente a “perda do poder familiar”, pois, se assim o for, para o genitor que o realizar, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor.⁴²

Destarte, a majoração da indenização por abandono afetivo decorrente da discriminação tem por objetivo criar uma mínima sensação de justiça, conforto e reparação ao filho abandonado, bem como rechaçar que tal conduta se torne recorrente na sociedade, possuindo um caráter punitivo-pedagógico.

DA CUMULAÇÃO DA INDENIZAÇÃO COM BASE NA TEORIA DO DANO EXISTENCIAL

De maneira autônoma, também poderia ser invocada na questão do caso em tela, a Teoria do Dano Existencial para basear a pretensão de majorar ou ainda cumular a indenização pecuniária em decorrência do abandono afetivo.

A Teoria do Dano Existencial surgiu na Itália, nos anos 50, com a intenção de garantir efetiva reparabilidade às pessoas. Trata-se de uma espécie de dano que modifica de forma

41 BRASIL. LEI Nº 7.716, DE 5 DE JANEIRO DE 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 20/10/2020.

42 CARVALHO, Adriana Pereira Dantas. *Responsabilidade civil por abandono afetivo: decisão do STJ*. Site JUS, 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22613/responsabilidade-civil-por-abandono-afetivo-decisao-do-stj>>. Acesso em: 23/10/2020.

prejudicial e constrangedora a vida do indivíduo, e se caracteriza por dois elementos: a frustração do seu projeto de vida e a limitação de suas relações pessoais.

Acerca disso, Júlio César Bebbber conceitua o dano existencial como sendo uma:

Lesão que compromete a liberdade de escolha do indivíduo, frustrando o projeto de vida que a vítima elaborara para a sua realização como ser humano, o que afeta, de modo negativo, sua perspectiva de vida atual e futura.⁴³

No que se refere ao dano existencial como uma categoria autônoma, existem duas correntes na doutrina e na jurisprudência. A primeira defende que seria um novo tipo de dano extrapatrimonial, conforme já ocorre nos casos de danos estéticos, o que cumula os pedidos de indenização por dano moral e existencial. Por sua vez, a segunda corrente acredita que é necessária a consideração do dano existencial apenas como um critério para a fixação do *quantum* indenizatório, ademais, não o consideram uma categoria autônoma, e que logicamente, as indenizações não se acumulam.

Apesar das controvérsias, existem julgados que tratam o dano existencial como uma categoria autônoma, consoante se depreende da AC 70058189457, de relatoria do Desembargador Eugênio Facchini Neto:

Tenho que, além dos danos morais puros, o autor sofreu graves danos existenciais, pois sua vida mudou de curso, para pior, desde o longínquo março de 1970. Desde então nunca mais conseguiu levar uma existência normal. Além disso, teve arruinado seu projeto de vida. Talvez o destino não lhe reservasse destaques em áreas glamorosas. Mas ao menos poderia ele tentar levar a sério as promessas constantes da Declaração de Independência dos Estados Unidos [...] todos os homens são criaturas iguais, dotadas [...] de certos direitos inalienáveis, entre os quais [...] a busca da felicidade [...] que restou extremamente prejudicada ao longo da vida do autor. E é isso que se busca, aqui, remediar.⁴⁴

Dessa perspectiva, “se a discriminação ao homossexual [LGBT+] afeta sua dignidade e seus direitos de personalidade, alterando seu projeto de vida, sua rotina [...] devemos visualizar a emergência do dano existencial.”⁴⁵

É imperioso também considerar, no caso em tela, a insurgência do dano moral, tendo em vista que este se caracteriza pela dor, angústia e sofrimento suportados pelo indivíduo, em sua esfera mais íntima.

Sendo assim, verifica-se nítida a existência dos danos, de formas distintas. Consequentemente, as indenizações podem ser cumuladas, tendo em vista que são oriundas do mesmo fato gerador, mas atingem ordens danosas autônomas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto no presente trabalho, observa-se que a responsabilização civil em detrimento do abandono afetivo ainda é um tema controverso. Entretanto, não se pode negar que sua caracterização encontra sólida fundamentação em nosso ordenamento jurídico.

É indiscutível a exclusão, a dor e as mudanças causadas na vida de quem é afetivamente abandonado por seus genitores. Sendo ainda pior nos casos dos jovens LGBT+, que “sofrem

43 BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. São Paulo: Revista LTr, v. 73, n. 1, jan. 2009, p. 28.

44 TJ-RS - AC:70058189457 RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 26/03/2014, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 10/04/2014.

45 SILVA, Rodrigo Alves da. *op. cit.*, p.352.

duas vezes”, tendo em vista que o abandono nestes casos não é só paterno, como geralmente ocorre, e sim de ambos os genitores.

Quanto à possibilidade de majorar a indenização nos casos de abandono afetivo do filho LGBT+, através do presente estudo, podemos atestar que existem fundamentos para sua concessão. Caso o juiz entenda que o dano é apenas moral, pode se valer da analogia para aplicar as penalidades previstas na Lei nº 7.716/1989 e aumentar a indenização, dependendo do caso concreto. E se porventura, entender pela configuração do dano existencial, tendo em vista que ao ser abandonado, o jovem sofre graves alterações em seu projeto de vida, como a falta de oportunidades para estudos e emprego, que são bases necessárias para a dignidade e subsistência de qualquer pessoa, o juiz pode fixar a cumulação das indenizações.

Ressalta-se que a indenização jamais restituirá o *status quo* de quem sofre, no entanto, servirá para criar uma mínima sensação de justiça, conforto e reparação, de caráter pedagógico, para evitar que casos semelhantes ocorram na sociedade.

Apesar de toda evolução pela qual o instituto família passou, não se tem qualquer amparo legal que trate especificamente o tema proposto, devendo ser debatido pela doutrina e pela jurisprudência.

Dessa forma, é urgente o reconhecimento das pautas LGBT+ no Brasil, que perecem pela falta de substrato legal, ainda mais no âmbito do Direito das Famílias, pois é neste grupo que a criança/adolescente deve crescer e se desenvolver plenamente, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, conforme assegura a constituinte vigente e o ECA.

REFERÊNCIAS

BEBBER, Júlio César. **Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações**. São Paulo: Revista LTr, v. 73, n. 1, jan. 2009.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. **Definindo a responsabilidade civil no cenário atual**. Âmbito Jurídico, 2011. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/definindo-a-responsabilidade-civil-no-cenario-atual/>>. Acesso em: 20/09/2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2017.

_____. **Lei nº 7.716**, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 20/10/2020.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20/09/2020.

_____. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916 (revogada). Instituiu o antigo Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 19/09/2020.

_____. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 23/09/2020.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão. **Recurso Especial 1.159.242-SP**. 3ª Turma. Cível e Processual Cível. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. Relatora Ministra Nancy Andrighi. 2012.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **AC:70058189457 RS**. Apelação. Responsabilidade Civil do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 26/03/2014, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 10/04/2014.

CAPUTI TL, SMITH D, AYERS JW. **Suicide Risk Behaviors Among Sexual Minority Adolescents in the United States**, 2015. JAMA. v. 318, n. 23, p. 2349-2351, 2017.

CARVALHO, Adriana Pereira Dantas. **Responsabilidade civil por abandono afetivo: decisão do STJ**. JUS, 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22613/responsabilidade-civil-por-abandono-afetivo-decisao-do-stj>>. Acesso em: 23 out. 2020.

CASTRO, Leonardo. **Indenização por abandono afetivo não aproxima pais e filhos**. ConJur, 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-dez-06/punir_abandono_afetivo_nao_aproxima_pais_filhos?pagina=3#:~:text=O%20afeto%20n%C3%A3o%20%C3%A9%20decorrente,e%20n%C3%A3o%20de%20for%C3%A7a%20judicial.> Acesso em: 20 set. 2020.

COUTINHO, Francisco. **Gays expulsos de casa: “eu não tinha para onde ir”**. Site Diário GM, 2020. Disponível em: <<https://www.diariogm.com.br/social/gays-expulsos-de-casa-eu-nao-tinha-para-onde-ir>>. Acesso em: 10 out. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 13. ed. rev., atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

GUAGLIANONE, Diego. **#SaúdeMental: LGTBfobia causa danos psicológicos que precisam de atenção**. Site UBES, 2018. Disponível em: <<https://ubes.org.br/2018/saudemental-lgbtfobia-causa-danos-psicologicos-que-precisam-de-atencao/>>. Acesso em: 25 out. 2020.

OBSERVATÓRIO LEGISLATIVO DA INTERVENÇÃO FEDERAL NA SEGURANÇA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO. **Violência contra travestis e transexuais**. OLERJ. Disponível em: <<http://olerj.camara.leg.br/retratos-da-intervencao/retratos-da-intervencao-federal>>. Acesso em: 22 set. 2020.

OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de. **Mortes violentas de LGBTQ+ no Brasil – 2019**: Relatório do Grupo Gay da Bahia. 1. ed. – Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RICHTER, André. **Supremo decide criminalizar a homofobia como forma de racismo**. Agência Brasil, 2019. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-06/supremo-decide-criminalizar-homofobia-como-forma-de-racismo>>. Acesso em: 21 set. 2020.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **Poder familiar na atualidade brasileira**. IBDFAM, 2015. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/1024/Poder+familiar+na+atualidade+brasileira>>. Acesso em: 20 out. 2020.

SANTOS, Saruzze Pereira. **Consequências psicológicas e jurídicas do abandono afetivo**. Conteúdo Jurídico, 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51067/consequencias-psicologicas-e-juridicas-do-abandono-afetivo>> Acesso em: 20 set. 2020.

TARTUCE, Flavio. **O Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Jusbrasil, 2012. Disponível em: <<https://flavioartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 06 out. 2020.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

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

RECURSOS HÍDRICOS: UM ESTUDO JURISPRUDENCIAL
SOBRE A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO
AMBIENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

FRANCIELLY LOPES DA SILVA
ANA KEULY LUZ BEZERRA

RECURSOS HÍDRICOS: UM ESTUDO JURISPRUDENCIAL SOBRE A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

WATER RESOURCES: A JURISPRUDENTIAL STUDY ON THE APPLICATION OF THE PRINCIPLES OF ENVIRONMENTAL LAW BY THE SUPREME FEDERAL COURT

Recebido: 11/02/2021
Aprovado: 04/01/2023

Francielly Lopes da Silva¹
Ana Keuly Luz Bezerra²

RESUMO:

A água é um bem público primordial para a qualidade de vida, sendo competência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios protegê-la e combater sua poluição. No entanto, muitas vezes, o Estado é um dos maiores violadores de direitos, impondo legislações que desrespeitam o meio ambiente e contrariam ao estabelecido pela Constituição Federal (CF), e que nestes casos, são levadas ao Supremo Tribunal Federal (STF) a fim de se confirmar a constitucionalidade ou não destas normas. Nesse sentido, o objetivo do presente estudo é analisar quais os princípios do direito ambiental são mais utilizados pelo STF na fundamentação de processos que tratam de atividades que direta ou indiretamente causem impactos nos recursos hídricos. A metodologia baseou-se em pesquisa jurisprudencial, que resultou em quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), pertencentes a quatro unidades distintas da Federação Brasileira e sobre as quais foi aplicada análise de conteúdo. A análise revelou que nem todos os Ministros do STF se valem dos princípios do direito ambiental para fundamentar seus votos, utilizando-se na sua grande maioria apenas os princípios do direito constitucional. A efetividade da tutela do bem jurídico água depende muito da adoção de medidas governamentais que respeitem os princípios de direito ambiental, garantido assim à proteção ao meio ambiente assegurada pela Carta Magna.

Palavras-chave: Recursos hídricos. Princípios. Efetividade.

ABSTRACT:

Water is a primary public good for the quality of life, and it is the competence of the Union, States, Federal District and Municipalities to protect it and combat its pollution. However, many times, the State is one of the biggest violators of rights, imposing laws that disrespect the environment and are contrary to what is established by the Federal Constitution (CF), and which in these cases, are taken to the Supreme Federal Court (STF) in order to confirm the constitutionality or not of these norms. In this sense, the objective of the present study is to analyze which principles of environmental law are most used by the STF in the foundation of processes that deal with

¹ Técnica em Saneamento pelo Instituto Federal do Piauí (2016); Graduada em Gestão Ambiental pelo Instituto Federal do Piauí (2019); Mestra em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal do Piauí (2022) e Consultora Ambiental. E-mail: franciellylopesgab@gmail.com

² Possui Graduação em Direito pela Faculdade de Imperatriz (FACIMP); Mestre e Doutora em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela UFPI; Docente do IFPI (Campus Avançado Dirceu Arcoverde); Docente colaboradora do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento e Meio Ambiente da UFPI. E-mail: analuz@ifpi.edu.br

activities that directly or indirectly impact on water resources. The methodology was based on jurisprudential research, which resulted in four Direct Actions of Unconstitutionality (ADI), belonging to four different units of the Brazilian Federation and on which content analysis was applied. The analysis revealed that not all STF Ministers use the principles of environmental law to support their votes, the vast majority using only the principles of constitutional law. The effectiveness of the protection of the legal water good depends a lot on the adoption of governmental measures that respect the principles of environmental law, thus guaranteeing the protection of the environment ensured by the Magna Carta.

Keywords: Water resources. Principles. Effectiveness.

Classificação: Q59 De Outros.

1. INTRODUÇÃO

A água é um recurso ambiental primordial para a qualidade de vida humana, seus usos múltiplos são essenciais para a manutenção da vida e serve de insumo a diversos tipos de produção, tornando-se um recurso estratégico para o desenvolvimento econômico (CUNHA, 2018). Ela é fonte de vida do planeta e fundamental para manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No entanto, o seu uso irresponsável acaba por influenciar na sua quantidade e qualidade, colocando em risco a vida da atual e futuras gerações que dependem principalmente da água para sobreviver. Segundo Gomes (2018) o direito a água, em quantidade e qualidade, faz parte da realização de outros direitos humanos como o direito à dignidade da pessoa humana, à vida, à saúde e à moradia adequada.

O constante crescimento da população humana e conseqüentemente a demanda e degradação dos recursos hídricos, tem gerado preocupação e interesse de governos de todo o mundo, principalmente no que tange ao correto gerenciamento e a necessidade do controle dos recursos hídricos, sendo necessário uma boa administração e monitoramento desse recurso essencial a vida, bem como o seu uso de maneira sustentável.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 (CF) contém dispositivos legais que garantem a proteção dos recursos hídricos como forma de manter o equilíbrio ecológico, nos termos do seu art. 225, para garantir que todos tenham direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo dever do Poder Público e da coletividade defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

Mesmo antes da constituição impor ao poder público esse dever, em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU) já estabelecia esses compromissos e obrigações para os Estados no tocante à proteção dos direitos necessários à vida, como o direito à água (MORLIN; EUZÉBIO, 2018).

A água é um bem público, cabendo a União, Estados, Distrito Federal (DF) e aos municípios proteger o meio ambiente e combater sua poluição, entre outras competências que proporcione a qualidade de vida da população brasileira, bem como zelar pela guarda das normas estabelecidas na CF.

Para Buriti e Barbosa (2014), o Brasil reúne os mais modernos princípios e instrumentos de gestão das águas, impostos na Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), Lei nº 9.433/97, com possibilidades concretas de sua implementação pelos entes da federação. No entanto, o próprio Estado acaba sendo um dos maiores violadores de direitos, pois pouco investem em melhorias e ações que garantam a efetividade dos dispositivos impostos pela

legislação federal para a proteção dos recursos hídricos, impondo muitas vezes legislações que desrespeitam o meio ambiente e contrariam ao estabelecido pela Constituição, tendo o Supremo Tribunal Federal (STF) de intervir para retirar do ordenamento as legislações consideradas inconstitucionais.

O STF é o órgão do Poder Judiciário a quem compete guarda a Constituição, conforme definido no art. 102 da CF, tendo atribuições de julgar quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da carta magna, cabendo as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), em propor intervenção federal nos Estados e no DF, bem como propor ações penais públicas e cíveis (MINISTERIO PUBLICO FEDERAL, 2020).

Os princípios de direito ambiental têm papel significativo nas decisões referentes a defesa e proteção do meio ambiente no judiciário, tendo sua efetividade comprovada em vários processos que contrariam o disposto na CF. Está explícito no artigo 5º, § 2º, que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotado, ou dos tratados internacionais aos quais o país seja signatário (BRASIL, 1988) podendo o judiciário se valer dos princípios ambientais em qualquer circunstância, demonstrando a efetivação e eficácia dos mesmos (FRATTON; RODRIGUES, 2016). “O direito ambiental assumiu importância no ordenamento jurídico interno, uma vez que deixou de apenas figurar entre as muitas normas infraconstitucionais existentes para tornar-se regra constitucional” (GOMES; ARTUZI, 2012, p. 59).

Portanto, o objetivo desta pesquisa é analisar quais os princípios do direito ambiental são mais utilizados pelo STF na fundamentação de processos que tratam de atividades que direta ou indiretamente causem impactos nos recursos hídricos. Para isso, a metodologia utilizada foi a pesquisa jurisprudencial, por meio de busca no sítio do STF, utilizando os seguintes critérios: Processos que contivesse o termo: “recursos hídricos”; na base: Acórdãos; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Classe: ADI. Foram identificados 11 processos com essas características, sendo: 4 do Acre, 03 do Rio de Janeiro, 01 da Bahia, 01 do Pará, 01 do Paraná e 01 de Santa Catarina.

Deste universo, foi selecionada de forma intencional, a amostra de 04 processos para fundamentar o presente estudo: ADI 5016 BA; ADI 3336 RJ; ADI 2340 SC; ADI 6211 AP, os quais foram analisados utilizando a técnica de análise de conteúdo de Bardim (2009). O processo de escolha levou em consideração a diversidade geográfica, e contemplou quatro Unidades da Federação e quatro regiões brasileiras: Bahia na região Nordeste; Amapá, na região Norte; Rio de Janeiro, na região Sudeste, e o Estado da Santa Catarina, na região Sul.

2. PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL: CONCEITOS E APLICABILIDADES

Diante da constatação de que a água é um recurso essencial à vida de todo o planeta e finito, se torna necessário o fortalecimento de mecanismos tanto administrativos, como jurídicos, legislativos, morais, políticos, econômicos e sociais voltados à conservação e proteção do meio ambiente, tidos como a única alternativa para assegurar a sobrevivência humana (BITTENCOURT; PEREIRA, 2014).

O princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito humano fundamental é estabelecido pela CF no caput do art. 225º, entretanto, esse princípio já vem sendo estabelecido desde a Declaração de Estocolmo de 1972, que traz em seu princípio nº 1:

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma

vida digna e gozar de bem estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras (DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO, 1972).

A relação de harmonia e equilíbrio entre o ser humano e o meio ambiente, é fundamental para a eficácia do princípio do desenvolvimento sustentável. Este princípio não se restringe somente a conciliação do desenvolvimento econômico com a proteção ambiental, mas as diversas dimensões de proteção ao bem jurídico e ao desenvolvimento da sociedade, numa perspectiva ética, social, econômica e ambiental (ÁRTICO; MONFREDINHO, 2018).

Além de estar implícito no caput do art. 225º da CF, esse princípio ainda está presente no art. 170, inciso IV, o qual tem o objetivo de buscar o desenvolvimento econômico e social do país, respeitando a preservação e defesa do meio ambiente. O princípio do desenvolvimento sustentável também está incluso no princípio nº4 da Declaração do Rio (1992, p.1) em que para “alcançar o estágio do desenvolvimento sustentável, a proteção do meio ambiente deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento e não poderá ser considerada de forma isolada”. O princípio nº 8, desta mesma declaração, também consta que para se alcançar uma melhor qualidade de vida, os Estados devem reduzir e eliminar os sistemas de produção e consumo que não são sustentáveis.

Cabe-se destacar o Princípio da Equidade ou Solidariedade Intergeracional, também explícito no caput do art. 225, o que consiste na preservação do meio ambiente e na adoção de políticas ambientais para as presentes e futuras gerações, utilizando-se dos recursos naturais de forma racional que possibilite seu desfrute pelas gerações seguintes (AMADO, 2014).

Um dos princípios ambientais que está diretamente interligado a adoção de práticas insustentáveis é o poluidor-pagador. Este princípio baseia-se na obrigatoriedade do empreendedor em arcar com os custos relativos à adoção de medidas preventivas contra a poluição referente ao seu empreendimento, evitando-se ônus para a sociedade, o que não significa que estes podem pagar para poluir, especialmente no que diz respeito aos recursos hídricos, que é bem público e direito de todos.

A CF estabelece essa responsabilidade do poluidor, podendo ser punido no âmbito penal, civil e administrativo, estando mais explícito na lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente (BRASIL, 1998). A Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938/81, art. 4º, inc. VII, também visa a imposição ao poluidor a obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos por eles causados (BRASIL, 1981).

Este também está presente na declaração do Rio (1992, p.3), princípio nº16, onde consta que o “causador da contaminação deveria, por princípio, arcar com os seus respectivos custos de reabilitação, considerando o interesse público, e sem distorcer o comércio e as inversões internacionais”.

Já o princípio do protetor- recebedor é o contrário do poluidor-pagador, pois defende que as pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela preservação ambiental devem ser beneficiadas de alguma forma, pois estão colaborando com a coletividade, no que rege ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (AMADO, 2014). Este princípio surge como incentivo a proteção do meio ambiente, o que significa conceder uma compensação àqueles que contribuem para sua preservação (SILVA, 2011). Em muitos Estados tem surgido políticas públicas destinadas a compensar o agente, principalmente agricultores, a preservar os recursos naturais e, assim, garantir a sustentabilidade hídrica (LIMA; GRANZIERA, 2018).

O Princípio do Protetor-recebedor passou a ser legalmente concretizado no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 6.º, II, da Lei 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Estando também previsto na lei nº 12.651/2012, que institui o código florestal brasileiro, no art. 41, em que, o poder executivo federal é autorizado a instituir, sem prejuízo do

cumprimento da legislação ambiental, programas de apoio e incentivo à conservação do meio ambiente, com pagamento ou incentivo a serviços ambientais, como retribuição, monetária ou não, às atividades de conservação e melhoria dos ecossistemas e que gerem serviços ambientais (BRASIL, 2012).

Sob essa perspectiva, vem ganhando destaque um instrumento econômico denominado Pagamento por Serviços Ambientais (PSA), que além de caráter protetivo, gera novas fontes de renda para as populações que reconhecem o valor econômico da proteção de ecossistemas e conseqüentemente dos recursos hídricos (LIMA; GRANLZIERA, 2018).

Outro princípio importante no direito ambiental é o princípio do usuário-pagador, em que o usuário usufrui de forma autorizada, perante a legislação ambiental pertinente, de um recurso ambiental, e paga pelo uso privativo de um recurso de bem público.

Este princípio está estabelecido na Política Nacional do Meio Ambiente, art. 4º, VII, que estabelece “a imposição, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos” (BRASIL, 1981), bem como é um dos instrumentos previstos no art. 5º, IV e V, respectivamente, da lei nº 9.433, que institui a PNRH, a outorga e cobrança pelo uso da água. Para Morlin e Euzébio (2018), essa cobrança tem por objetivo estimular a racionalização do consumo, incentivar o uso sustentável e coibir desperdícios dos recursos hídricos.

Os princípios da prevenção e precaução estão implicitamente consagrados no art. 225º da CF, no que consiste a exigência de estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, exigido explicitamente pela Resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA) nº 001/86.

Segundo Silva (2011) o princípio da prevenção consiste em evitar um dano ambiental quando certo, ou seja, já comprovado cientificamente; e o princípio da precaução é quando o conhecimento do impacto de determinada atividade for incerto cientificamente. Para Fratton e Rodrigues (2016, p.9) “o princípio da precaução é aquele que determina que não devem ser feitas intervenções no ambiente antes de se ter a certeza que estas não colocarão em risco o ambiente e a integridade da vida humana”.

Com a exigência da aplicação desses princípios em atividades que degradem significativamente o meio ambiente, pode-se evitar ou mitigar os impactos ambientais acarretados pela atividade. Além de permitir o acesso à diversidade biológica e aos recursos naturais pelas presentes gerações sem comprometer o direito das futuras (SILVA, 2011).

É válido destacar a importância da aplicação destes princípios nas tomadas de decisão, administrativas ou jurídicas, em relação ao meio ambiente, principalmente no que rege o princípio da precaução, pois o que hoje parece inofensivo pode-se revelar devastador no futuro. Dias (2011) destaca que o Estado não deve conceder licença para exploração de recursos naturais, sem que se tenha amplo diagnóstico dos possíveis danos que por ventura possam causar ao ambiente. Sousa e Moita Neto (2020) complementam que os estudos ambientais que compõem o processo de licenciamento ambiental são importantes para identificar, prever, interpretar e prevenir as conseqüências ou efeitos ambientais que quaisquer atividades ou empreendimentos possam causar no ambiente natural.

O licenciamento de atividades de significativo impacto ambiental, elencadas pelo CONAMA nº001/86, devem ser compreendidas pelo Estudo de Impacto Ambiental e o seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) a fim de identificar os impactos que tal obra e/ou atividade poderão provocar no meio ambiente (BRASIL, 1986), exigindo-se por meio da resolução CONAMA nº 9/87 a realização de Audiências Públicas no processo de licenciamento ambiental, podendo a população conhecer e opinar, caso lhes convir, sobre a atividade em questão (BRASIL, 1987).

A participação da sociedade nas audiências públicas é a demonstração clara da aplicação do princípio democrático, também conhecido como princípio da participação comunitária, previsto no princípio nº 10 da Declaração do rio (1992), onde consta que a melhor forma de tratar as questões ambientais é com a participação de todos os cidadãos interessados. Cabe-se destacar o princípio da informação, pois sem conhecimento não há participação. Este princípio é previsto pela CF, art. 5º, XIV, em que todos são assegurados ao acesso à informação (BRASIL, 1988).

Para Lima e Pinto (2017) a aplicação dos princípios da informação e da participação promove a gestão compartilhada do bem ambiental e das questões sociais envolvidas em um empreendimento de impactos sociais, econômicos e ambientais variados. E para a gestão dos recursos hídricos, bem essencial a vida, deve-se proporcionar os usos múltiplos das águas, de forma descentralizada e participativa, contando com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades (AITH; ROTHBARTH, 2015). Entretanto, segundo Buriti e Barbosa (2014) a efetivação destes princípios no que rege a processo de gestão das águas, ainda enfrenta diversos desafios no Brasil, carecendo de aperfeiçoamento em seus mecanismos de efetivação política.

Os recursos hídricos são recursos ambientais transfronteiriços integrados, ou seja, ultrapassa fronteiras geográficas estabelecidas pelos entes da federação, pois fazem parte de um sistema natural, que funciona de forma interdependente, possuindo características sensíveis e um delicado equilíbrio ecológico fundamental para a manutenção da vida (GOMES, 2018).

O princípio da ubiquidade, baseia-se nessa característica de interação dos ecossistemas, sem respeitar as fronteiras impostas pelo homem, podendo o dano ambiental causado em uma cidade ou Estado, impactar também outras unidades da federação, caracterizando-se mais uma vez a importância da aplicação dos princípios da prevenção e precaução, a fim de evitar tais danos ao meio ambiente e a sociedade. Para evita-se tais acontecimentos, é necessário também a criação e aplicação das leis de proteção ao meio ambiente, visando sempre a crescente proteção ambiental, baseando-se no princípio da vedação ao retrocesso, especialmente voltado ao legislativo (AMADO, 2014).

Para Fratton e Rodrigues (2016) os princípios ambientais só serão eficazes com a adoção de medidas governamentais fundadas em mecanismos eficientes, de uma melhor institucionalização dos órgãos responsáveis pela proteção do meio ambiente, em especial pela proteção das águas, do desenvolvimento de instrumentos eficazes na consolidação da PNRH, bem como a conscientização da sociedade civil e da atuação incisiva do Poder Judiciário e Ministério Público na guarda e proteção dos recursos hídricos. Segundo Aith e Rothbarth (2015, p.163) “a regulação jurídica das águas vem sendo progressivamente reformada para responder às evidências cada vez mais alarmantes no que se refere a esse recurso natural”.

3. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO AMBIENTAL EM JULGADOS DO STF

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) é de competência originária do STF, e tem por objetivo declarar a inconstitucionalidade, caso comprovada, de uma lei ou ato normativo federal ou estadual, fundamentando-se legalmente nos art. 102, I, “a”, da CF; Art. 2º a 12 da Lei 9868/1999; e Arts. 101 e 169 a 178 do RISTF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020). O art. 103º da CF estabelece a lista dos legitimados à propositura da ADI, podendo ser propostas pelo Presidente da República, Assembleia Legislativa, Governador de Estado, Procurador-Geral

da República, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, entre outros (BRASIL, 1988).

Legislar sobre o meio ambiente é de competência tanto da União, como dos Estados, Municípios e Distrito Federal previstos na CF, art. 24, VI e VIII (BRASIL, 1988). No entanto, algumas competências são privativas da União, não podendo os demais entes da federação estabelecer leis que contrariem as normas e diretrizes fixadas pela legislação Federal, querendo legislar sobre algo que não lhes compete, usando-se da ADI para impugnar tais normas tidas como inconstitucionais, cabendo ao STF analisar e dar o parecer de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Para Akerman (2012) a ADI é uma ação que efetiva verdadeiramente o exercício da jurisdição constitucional, pois ocorre quando um ato legislativo está em desacordo com alguma norma prevista na CF.

3.1 ADI 1: ESTADO DA BAHIA

A primeira ADI analisada é referente ao Estado da Bahia, região Nordeste do país. A ADI nº 5.016, foi requerida pela Procuradoria Geral da República em impugnação aos § 5º do art. 18, art. 19, VI, ao art. 21 e ao art. 46, XI, XVIII e XXI referentes a Lei Estadual 11.612/2009 que dispõe sobre a Política Estadual de Recursos Hídricos da Bahia, alterados pela Lei Estadual 12.377/2011.

As impugnações a lei 12.377/2011 são referentes às mudanças provocadas no art. 18, devido a dispensa de outorga de uso dos recursos hídricos para a perfuração de poços tubulares; os arts. 19, VI, e 46, XI, XVIII e XXI, que dispensam a manifestação prévia dos Comitês de Bacia Hidrográfica para a atuação do Conselho Estadual de Recursos Hídricos – CONERH; e o art. 21 que suprime as condicionantes à outorga preventiva de uso de recursos hídricos, resultantes de participação popular.

O relator da ação, o Ministro Alexandre de Moraes, proferiu seu voto baseando-se nos princípios da predominância do interesse; do meio ambiente ecologicamente equilibrado; democrático e do princípio da vedação do retrocesso social. Sobre o art. 18, § 5º, o relator discorre sobre a importância do federalismo e suas regras de distribuição de competências legislativas, alicerce para o Estado de Direito.

O Ministro vale-se dos doutrinadores Pablo Lucas Verdú; Jorge Miranda; José Gomes Canotilho; Maurice Duverger; Lúcio Levi; Jay; Madison; Hamilton; William Gladstone; Karl Loewenstein; José Alfredo de Oliveira Baracho e Paulo Affonso Leme Machado, para sustentar sua argumentação referente a competência estabelecida para cada ente da federação por meio do Pacto Federativo, consagrado constitucionalmente no Brasil. Segundo o Ministro Alexandre de Moraes, “o princípio geral que norteia a repartição de competência entre os entes componentes do Estado Federal brasileiro, portanto, é o princípio da predominância do interesse”(BRASIL, 2018, p. 4)

O art.18, § 5º, ofende aos art. 21, XIX, da CF em que compete a união definir critérios de outorga de direitos de uso dos recursos hídricos; e o art. 225, § 1º, V, em que incumbe ao poder público “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente” (BRASIL, 1988). Com a permissão da perfuração de poços tubulares sem a outorga de uso dos recursos hídricos, não seria possível qualquer controle referente a exploração desse recurso natural, podendo ocorrer impactos significativos do ponto de vista ambiental e social, como a contaminação e redução dos aquíferos. O que vai contra o art. 225, § 1º, V, da Carta Magna

e o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois coloca em risco à qualidade de vida e ao meio ambiente.

Tal mudança também infligem o que é estabelecido pela PNRH, Lei nº 9.433/97, em seu art. 12, II, os quais estão sujeitos a outorga de uso dos recursos hídricos, pelo Poder Público, a extração de água de aquíferos subterrâneo (BRASIL, 1997). Somente há exceções em outorgas para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populações, em meio rural, ou usos considerados insignificantes.

Os art. 19, 21 e 46, por sua vez, contrariam o princípio democrático, pois reduz a participação da coletividade na gestão dos recursos hídricos, bem como fere o princípio da vedação do retrocesso social. A PNRH ampliou a participação da sociedade por meio dos Conselhos de Recursos Hídricos e Comitês de Bacias, o que prova a incondicionalidade das normas que reduzem a competência destes, e a violação do princípio democrático, estabelecido no art. 1º da CF, e ao art. 225º, em que o poder público e a coletividade têm o dever de preservar o meio ambiente, garantindo o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e as futuras gerações, deixando implícitos o princípio do Desenvolvimento sustentável e o princípio da Equidade.

Diante do exposto, o Ministro julga procedente a ação direta, para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 18, § 5º, 19, VI, 21 e 46, XI, XVIII e XXI, todos da Lei 11.612/2009 do Estado da Bahia, com a redação conferida pela Lei 12.377/2011. Por unanimidade, o Tribunal confirma a medida cautelar e julga procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade da referida lei impugnada.

3.2 ADI 2: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A ADI nº 3.336 é oriunda do Estado do Rio de Janeiro, região sudeste do país. A ADI foi requerido pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), que contesta a validade da Lei nº 4.247, de 16 de dezembro de 2003 do Estado do Rio de Janeiro, a qual dispõe sobre a cobrança pela utilização dos recursos hídricos de domínio do Estado e organiza o sistema administrativo de gestão e execução da referida atividade, o que atingiria necessariamente o setor econômico representado pela CNI, visto que a água é primordial na atividade produtiva das indústrias. A CNI alega que a referida lei estabelece um conflito legislativo, a qual ofende diretamente às normas impostas pela CF.

O Ministro-Relator Dias Toffoli justifica-se seu voto, primeiramente apontando uma questão relevante acerca da ADI imposta pela CNI, que é a ausência de pertinência temática, entre a lei impugnada e a finalidade institucional da entidade sindical. Mesmo sendo reconhecida a legitimidade das confederações sindicais para propor ADI a normas quando atacado o setor econômico por elas representado, validando-se pela ADI nº 3.413/2011, cujo Relator foi o Ministro Marco Aurélio, está em particular, não possui pertinência temática para propor tal inconstitucionalidade (BRASIL, 2020).

A ADI nº 3.336, foi proposta para impugnar todos os artigos da lei nº 4.247/03, no entanto, a lei estadual nº 5.234/08 alterou substancialmente os arts. 11 e 24 da legislação impugnada, inviabilizando o exercício do controle de constitucionalidade na via da ação direta, prejudicando a continuidade do julgamento em relação a esses preceitos. Os referidos artigos modificados são referentes a cobrança e destinação do dinheiro arrecadado sobre os recursos hídricos de domínio estadual, bem como os critérios de repasse de custos para o consumidor final.

Mesmo com as modificações impostas ao art. 11, o ministro e relator Dias Toffoli, destaca o inciso II, parte final, que foi mantida redação original, cuja PNRH, art. 22, II, e § 1º, traz,

de forma expressa, limitação de custo orçamentário ao montante de recursos que pode ser aplicado nos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (BRASIL, 1997).

Sobre a cobrança pelo uso dos recursos hídricos, o relator destaca o art. 20, VI e VII, da CF, em que são bens da União além do mar territorial e dos potenciais de energia hidráulica, os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado (BRASIL, 1988).

No entanto, são bens do Estado as águas superficiais e subterrâneas (art. 26, I, da CF), e embora a União, art. 21, XIX da CF, detenha competência exclusiva para “instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso”, e competência privativa para legislar sobre as águas, presentes no art. 22, IV (BRASIL, 1988), os Estados também podem legislar sobre proteção ao meio ambiente (art. 24, VI e VIII, da CF), o que inclui, a proteção dos recursos hídricos, usando-se dos doutrinadores, Celso Antonio Pacheco Fiorillo e José Afonso da Silva, para sustentar tal justificativa.

Diante de todas as alegações apresentadas, o Ministro Dias Toffoli conclui “que os estados têm competência suplementar em matéria de águas, podendo sobre ela editar leis, desde que respeitadas as normas gerais editadas pela União” (BRASIL, 2020, p.10), incluindo-se a cobrança pelo uso dos recursos hídricos. Quanto a isso, o ministro destaca os arts. 5º e 20º da PNRH que discorre sobre a outorga e cobrança pelo uso da água para fins econômicos, destacando o princípio do usuário- pagador, o qual referencia-se os autores Paulo Affonso Leme Machado, Anderson Furlan, William Fracalossi e Édis Milaré.

Com relação a ofensa, proposta pelo requerente, as diretrizes estabelecidas pela PNRH aos conselhos estaduais e comitês de bacias, com a transferência das competências dos órgãos colegiados estaduais que gerem o Sistema Estadual de Recursos Hídricos para a Fundação Superintendência Estadual de Rios e Lagoas (SERLA), o Ministro entende que a legislação impugnada está em conformidade com a CF, pois simplesmente regulamentou, em nível estadual, a cobrança pelo uso da água, não ocorrendo violação do texto constitucional ou invasão de competência própria da União, visto que os Estados tem autonomia constitucional para formular leis de organização administrativa.

A CF e legislações federais legislam sobre normas gerais, as quais podem ser suplementadas pelos Estados-membros. A respeito disso, o relator destaca as contribuições de Fernanda Dias Menezes de Almeida, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Raul Machado Horta, bem como menciona semelhante julgamento da medida cautelar da ADI nº 927 de 1994, referente ao Estado do Rio Grande do Sul.

Com tudo, por meio de todas as alegações apresentadas acima, e no que se refere aos demais dispositivos impugnados da referida lei estadual nº 4.247/03, o Ministro Dias Toffoli conclui que, “Ante o exposto, julgo prejudicada a ação direta em relação aos arts. 11, incisos I, III, IV e V; e 24 da Lei nº 4.247, de 16 de dezembro de 2003, do Estado do Rio de Janeiro. Quanto à parte de que conheço, julgo improcedente o pedido” (BRASIL, 2020, p.39).

Cabe-se destacar que o relator poderia se valer, além do princípio do usuário -pagador, do princípio do poluidor-pagador, para justificar seu voto como improcedente, visto que o setor industrial é uma das atividades que mais utilizam recursos hídricos em sua produção, e conseqüentemente produzem grande quantidade de efluentes que acabam por parar nos corpos d'águas. Tais efluentes, se não forem devidamente tratados, podem provocar significativos impactos no meio ambiente e na sociedade, o que se vale dos princípios do desenvolvimento sustentável e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto na CF.

O Ministro Marco Aurélio, manifestou-se por meio do voto, na impossibilidade de manifestação do tribunal por causa da ação ter sido prejudicada.

3.3 ADI 3: ESTADO DE SANTA CATARINA

A ADI nº 2.340 é oriunda do Estado de Santa Catarina, região Sul do país. A ADI foi proposta pelo então Governador do Estado de Santa Catarina, contra a Assembleia Legislativa do Estado, em impugnação Lei estadual 11.560, de 19 de setembro de 2000, a qual “torna obrigatório o fornecimento de água potável pela Cia. Catarinense de Águas e Saneamento - CASAN, com caminhões-pipa, sempre que houver interrupção no fornecimento normal” (SANTA CATARINA, 2000).

O relator da ADI, o Ministro Ricardo Lewandowski, validou seu voto baseando-se em duas questões básicas: a primeira consiste em saber se a distribuição de água potável constitui, ou não, serviço de natureza local, de competência dos municípios; e a segunda é se no regime de concessão, o estabelecimento de normas atinentes ao serviço concedido constitui atribuição privativa do poder concedente ou, é matéria que pode ser disciplinada por lei estadual, sendo permitido assim, ao Estado impor regras à CASAN, na qualidade de acionista majoritário (BRASIL, 2013).

Em relação a primeira indagação, o ministro destaca o art. 30, I, da CF, o qual não há dúvidas que a competência para legislar sobre assuntos locais, incluindo a distribuição de água potável é dos municípios. A segunda indagação referisse aos limites de atuação dos Estados em empresas concessionárias, cujo controle acionário é detentor, e que prestam serviços a municípios, estando o Ministro convencido, por meio do art. 175, parágrafo único, da CF, que a regulamentação dos serviços concedidos, em se tratando de um serviço de caráter local, o Estado-membro não possui competência para regulá-lo.

Para sustentar seu voto, o Ministro se vale da obra de Hely Lopes Meirelles, que destaca que o abastecimento de água é atribuição do município, bem como do princípio da subsidiariedade, em que o Estado só pode executar as tarefas próprias dos municípios em caso de necessidade, quando estes não a desempenharem de forma eficaz. O ministro também se fundamentou na ADI-MC 2.337 de 2002, também do Estado de Santa Catarina, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, em que o STF se pronunciou pela impossibilidade de interferência dos Estados-membros na esfera das relações jurídico-contratuais estabelecidas entre o poder concedente e as empresas concessionárias, sendo tal serviço de competência dos municípios.

Diante das argumentações acima, o Ministro Ricardo Lewandowski julga procedente a inconstitucionalidade da referida lei, e conclui que;

O Estado de Santa Catarina, portanto, não pode substituir-se aos municípios que contrataram com a CASAN, para determinar a essa empresa, ainda que mediante lei estadual, que forneça água em caminhões-pipa, quando o serviço de distribuição estiver interrompido, nem tampouco para instituir isenção tarifária a favor dos usuários, visto que o modo e a forma de prestação dos serviços configuram normas de caráter regulamentar, cuja elaboração compete exclusivamente ao poder concedente, ao passo que a remuneração destes está condicionada ao equilíbrio econômico-financeiro das concessões (BRASIL, 2013, p.15).

Os ministros Menezes Direito; Ayres Britto, Teori Zavascki e a Ministra Cármen Lúcia, acompanharam o voto do Ministro-Relator Ricardo Lewandowski, votando-se pela inconstitucionalidade da lei impugnada. No entanto, o Ministro Eros Grau, pediu vista para melhor análise do processo, visto que é considerada uma matéria de extrema relevância, pois diz respeito a prestação de serviço público nas regiões metropolitanas.

Após vista, o ministro Eros Grau, justificou seu voto baseando-se no art.30, V, da CF e em questões relevantes em relação aos serviços metropolitanos e aos serviços intermunicipais, no qual “alega que em se tratando de serviço de interesse interlocal, aos Municípios por ele

afetados incumbiria a sua administração” (BRASIL, 2013, p.24). Por tanto, o ministro Eros Grau também acompanhou o voto do Ministro-Relator Ricardo Lewandowski. Após o voto-vista do Ministro Eros Grau, o Ministro Gilmar Mendes, baseado nas considerações apresentadas, pediu vista.

Após vista, o Ministro Gilmar Mendes baseou seu voto no art. 1º da CF, em que destaca os municípios como integrantes do sistema federativo, e o art. 18, que se firma a sua autonomia junto com os Estados e o Distrito Federal. Destacou as peculiaridades do serviço de fornecimento de água, em particular o saneamento básico, que mal administrado, pode provocar impactos as demais comunidades em razão da própria distribuição geográfica de lençóis freáticos, bacias hidrográficas, mananciais e rios, sendo competência comum, neste caso, da União, dos Estados e Municípios, presentes no art. 23, IX, CF.

Cabe-se destacar que o Ministro Gilmar Mendes, ao destacar os impactos que os serviços de saneamento podem provocar tanto na comunidade local, como nas vizinhas, poderia ter se valido do princípio ambiental da ubiquidade para justificar tal improcedência, bem como do princípio do desenvolvimento sustentável e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, já que trata-se do bem estar das comunidades e do meio ambiente.

Como o processo limita-se a examinar a determinação de abastecimento via carro-pipa nas hipóteses de interrupção da distribuição de água, sob pena de tornar inexigível a cobrança de água, o Ministro Gilmar Mendes entende que a lei Estadual adentra matéria de competência dos municípios, padecendo de inconstitucionalidade. Por tanto, o voto-vista é pela procedência da ação direta com a consequente declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 11.560/00, do Estado de Santa Catarina.

Após a averiguação de todos os votos, o STF declara por maioria, a procedência da ação, sendo vencido o voto do Ministro Marco Aurélio que votou pela improcedência do pedido, baseando-se sua justificativa no fato da lei estadual alcançar não só aqueles que se utilizam do serviço concedido, como também a empresa, que é estadual e não municipal.

3.4 ADI 4: ESTADO DO AMAPÁ

A última ADI analisada é oriunda do Estado do Amapá, região Norte do país. A ADI nº 6.211, foi requerida pela Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Energia Elétrica – APINE, com pedido de liminar, em impugnação aos artigos 2º, 3º, incisos I e II; 5º; 6º, § 1º; 7º, parágrafos 1º e 2º; e 12, § 2º, incisos I a III, da Lei nº 2.388, de 28 de dezembro de 2018, do Estado do Amapá. A referida lei Institui a Taxa de Controle, Acompanhamento e Fiscalização das Atividades de Exploração e Aproveitamento de Recursos Hídricos - TFRH, bem como, o Cadastro Estadual de Controle, Fiscalização das Atividades de Exploração e Aproveitamento de Recursos Hídricos – CERH (AMAPÁ, 2018).

O requerente alega que o Estado do Amapá, com a instituição da cobrança de taxa e do poder de polícia sobre a TFRH, afeta diretamente a área de interesse das empresas que atuam nos setores de geração, comercialização e logística de energia elétrica. Segundo eles, o imposto está travestido de taxa, referindo-se a excessiva onerosidade do tributo, que acaba por desestimular a capacidade de produção das atividades do setor de geração de energia elétrica, o que gera prejuízo para o desenvolvimento industrial e socioeconômico do País (BRASIL, 2019). Devido a isso, o requerente solicita a suspensão dos dispositivos impugnados da referida lei Estadual, com a tutela de urgência para a declaração de sua inconstitucionalidade.

Devido sua tutela de urgência e o risco sinalizado no cenário jurídico, da lei questionada, o processo foi liberado para exame da liminar em 12 de agosto de 2019, sendo a lei impugnada

de 2018, o que demonstra claramente a sua necessidade de urgência. Vale destacar que as demais ADIs analisadas levaram muito mais tempo para serem examinadas pelo STF, como por exemplo, a ADI nº 2.340/13 de Santa Catarina, que julgou a lei nº 11.560 do ano de 2000, sendo analisada pela primeira vez em 2007, e devido ao pedido de vista do Ministro Eros Grau só foi retomada no ano de 2010, sendo novamente interrompida pelo pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, e retomada e concluída no ano de 2013.

O Ministro-Relator Marco Aurélio, justifica-se seu voto primeiramente declarando que cada ente da Federação tem competência para cobrar taxas e exercer o poder de polícia levando em consideração as lições de Leandro Paulsen para justificar tal ato, e mesmo que a constituição no seu art. 22, IV, confere a união legislar sobre águas e energia, o art. 23, XI, também atribui aos Estados competência fiscalizatória considerando a exploração e aproveitamento de recursos hídricos voltados a geração de energia elétrica (BRASIL, 2019). O que compete ao estado do Amapá realizar a cobrança e fiscalização com poder de polícia.

O Ministro também destaca o art. 225º da CF, em que todos, tanto a União como os Estados, Municípios e DF, devem proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas bem como a preservação da natureza, presentes no art. 23º, V e VII. O relator ainda se vale do art. 145º, II, da CF, em que os diversos entes da Federação podem desempenhar atividade administrativa e exercício regular do poder de polícia alusivo à exploração e aproveitamento de recursos hídricos a ser remunerado mediante taxa obedecendo, no entanto, os limites estabelecidos pela Carta Magna, assegurando-se a aplicabilidade do princípio da retributividade e levando em conta as alegações de Hugo de Brito Machado.

Para assegurar tais afirmações, o Ministro destaca que esse tipo de processo não é novo na jurisprudência do STF, tendo já ocorrido em outras ocasiões processos parecido, citando o recurso extraordinário nº 416.60, relatado pelo Ministro Carlos Velloso em 2005 e o recurso extraordinário com agravo nº 738.944, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski em 2014.

Quanto ao que se refere ao valor cobrado pela taxa, principal reivindicação da APINE, o Ministro assinala que o art. 6º da referida lei estadual impugnada, não se pode ignorar que as atividades sobre a qual recai a cobrança é principalmente a geração de energia elétrica que demandam grande quantidade de recursos hídricos, sendo necessário a aplicabilidade do princípio de proporcionalidade, ou seja, a razoável e necessária equivalência entre o valor da taxa sobre análise e o custo da atividade estatal.

O relator também destaca que, não apenas os dados evidenciam a ausência de proporcionalidade entre os custos da atividade estatal que decorre a taxa e o valor a ser cobrado, mas a própria redação da Lei questionada conduz à conclusão do sentido de caráter eminentemente arrecadatário do tributo instituído.

O Ministro Edson Fachin acompanha as alegações impostas pelo relator, no entanto, ressalta que nem todos os dispositivos da Lei são considerados inconstitucionais, visto que, o poder de polícia pode ser exercido pelo Estado, como já declarado anteriormente pelo Ministro-relator Marco Aurélio, entretanto, este propôs a inconstitucionalidade de todos os dispositivos impugnados. Devido a isso, o Ministro Edson Fachin, propõe por não declarar por completo a inconstitucionalidade da lei, ou seja, julga parcialmente procedente a ADI, e declara inconstitucionais os arts. 6º, 7º e 12º.

O Ministro Luís Roberto Barroso acompanha o voto do relator, mas ressalva que a lei Estadual “viola o princípio da capacidade contributiva, na dimensão do custo e benefício, a instituição de taxa de polícia ambiental que exceda flagrante e desproporcionalmente os custos da atividade estatal de fiscalização” (BRASIL, 2019, p.2).

A Ministra Rosa Weber acompanha integralmente o eminente Relator, mas acrescenta algumas considerações, como há higidez constitucional na imposição de taxa pelo Estado no

exercício da sua competência concorrente sobre a fiscalização de recursos hídricos, a qual afasta o vício de inconstitucionalidade formal; bem como a base de cálculo do valor da taxa, a qual entendeu que não estão presentes os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. A Ministra baseia-se sua argumentação na lição de Luís Eduardo Schoueri, professor titular de direito tributário da USP e na ADI nº 2.551/03, relatada pelo Ministro Celso de Mello.

O Ministro Luiz Fux e a Ministra Cármen Lúcia, acompanha o voto do Ministro-Relator Marco Aurélio. O Ministro Ricardo Lewandowski acompanha o Relator quanto à conversão da medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, bem como no julgamento procedente da presente ação, valendo-se da ARE 738.944/MG por ele mesmo proferida, e a ADI 5.374/PA cujo Relator foi o Ministro Luís Roberto Barroso. E por fim o Ministro Dias Toffoli, que também acompanha o Relator quanto à conversão do julgamento da medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, bem como julga procedente o pedido formulado na ação direta, valendo-se da base jurisprudencial, RE nº 416.601/DF, relatado pelo Ministro Carlos Velloso em 2005; a ARE nº 738.944/MG-AgR, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, em 2014; e a ADI nº 5.374/PA, cujo relator foi o Ministro Roberto Barroso no ano de 2018.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das análises das referidas ADIs, conclui-se que nem todos os Ministros do STF se valem dos princípios do direito ambiental para declarar a inconstitucionalidade ou constitucionalidade das referidas leis impugnadas que fazem o uso direto ou indiretamente dos recursos hídricos, utilizando-se na sua grande maioria apenas os princípios do direito constitucional.

Vale-se destacar que os princípios do direito ambiental estão inseridos em nosso ordenamento jurídico desde a CF e várias outras legislações que a regulamenta, tendo suas normas de serem seguidas por todos os entes da federação, ao poder público e a sociedade como um todo, podendo o STF utiliza-se destes princípios para sustentar tais ações, principalmente referente a água, recurso ambiental essencial a vida.

Os princípios explícitos mais utilizados pelo STF foram os princípios da vedação ao retrocesso, democrático, usuário- pagador e o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Estando implícitos, no entanto, outros princípios ambientais, como o desenvolvimento sustentável, ubiquidade, equidade, e o princípio do poluidor-pagador. A efetividade destes princípios depende muito da adoção de medidas governamentais que respeitem o meio ambiente, os recursos hídricos, as gerações futuras e a constituição.

REFERÊNCIAS

AITH, F. M. A; ROTHBARTH, R. O estatuto jurídico das águas no Brasil. **Estudos Avançados**, [s.l.], v. 29, n. 84, p. 163-177, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-40142015000200011>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ea/v29n84/0103-4014-ea-29-84-00163.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2020.

AKERMAN, William. Ação direta de inconstitucionalidade: principais aspectos. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20894/acao-direta-de-inconstitucionalidade-principais-aspectos>. Acesso em: 26 jul. 2020.

AMADO, F. A. D. T. **Direito ambiental esquematizado**. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

AMAPÁ. *Lei nº 2.388, de 28 de dezembro de 2018*. Institui a Taxa de Controle, Acompanhamento e Fiscalização das Atividades de Exploração e Aproveitamento de Recursos Hídricos - TFRH, e o Cadastro Estadual de Controle, Acompanhamento e Fiscalização das Atividades de Exploração e Aproveitamento de Recursos Hídricos - CERH. AMAPÁ, 2018. Disponível em: http://www.al.ap.gov.br/pagina.php?pg=buscar_legislacao&n_leiB=2388,%20de%2028/12/18. Acesso em: 25 jul. 2020.

ÁRTICO, M. G.; MONFREDINHO, V. R. Acesso à água, loteamentos irregulares e cidades sustentáveis. **Revista do Conselho Nacional do Ministério Público**, [s.l.], n. 7, p. 167-185, 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.36662/revistadocnmp.i7.108>. Disponível em: <https://ojs.cnmp.mp.br/index.php/revista/article/view/108>. Acesso em: 19 jul. 2020.

BARDIN, L. *Análise de conteúdo*. Lisboa, Portugal: Edições 70, LDA, 2009.

BITTENCOURT, V.; PEREIRA, D.E.S. A Evolução Legislativa Brasileira Frente à Problemática da Água. *Revista Brasileira de Direito*, [s.l.], v. 10, n. 1, p. 95-105, 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v10n1p95-105>. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/595>. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Brasil. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 14 jul. 2020.

_____. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012**. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília- DF, 25 maio 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm. Acesso em: 19 jul. 2020.

_____. **Lei nº 6938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em: 12 jul. 2020.

_____. **Lei nº 9433, de 8 de janeiro de 1997**. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. [S. l.], 1997a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9433.htm. Acesso em: 7 jul. 2020.

_____. **Lei nº 9605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 11 jul. 2020.

_____. **Resolução CONAMA Nº 001, de 23 de janeiro de 1986.** Disponível em: <http://www.palmares.gov.br/wp-content/uploads/2018/09/res-conama-01-1986.pdf>. Acesso em: 27 jan. 21.

_____. **RESOLUÇÃO CONAMA nº 9, de 3 de dezembro de 1987.** Dispõe sobre a realização de Audiências Públicas no processo de licenciamento ambiental. 1987. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=60>. Acesso em: 27 jan. 21.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 6211/AP.** Relator: Ministro Marco Aurélio, 04/12/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752569546>. Acesso em: 14 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 2340 / SC.** Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 06/03/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630010>. Acesso em: 14 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3336 / RJ.** Relator: Ministro Dias Toffoli, 14/02/2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752156320>. Acesso em: 14 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5016 / BA.** Relator: Ministro Alexandre De Moraes, 11/10/2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748530141>. Acesso em: 14 jul. 2020.

BURITI, C. O; BARBOSA, E. M. Políticas públicas de recursos hídricos no Brasil: olhares sob uma perspectiva jurídica e histórico-ambiental. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 11, n. 22, p. 225-254, 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v11i22.431>. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/431>. Acesso em: 17 jul. 2020.

CUNHA, E. P. O direito à água e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado na ordem constitucional brasileira. **Revista do Conselho Nacional do Ministério Público**, [s.l.], n. 7, p. 37-58, 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.36662/revistadocnmp.i7.101>. Disponível em: <https://ojs.cnmp.mp.br/index.php/revista/article/view/101>. Acesso em: 17 jul. 2020.

DECLARAÇÃO DA CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE HUMANO. 1972. Disponível em: http://apambiente.pt/_zdata/Políticas/DesenvolvimentoSustentavel/1972_Declaracao_Estocolmo.pdf. Acesso em: 19 jul. 2020.

DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf. Acesso em: 19 jul. 2020.

DIAS, A. S. Direito penal ambiental e a proteção constitucional do bem jurídico ambiental: análise da competência do estado a partir da constituição de 1988. **Planeta Amazônia: Revista internacional de direito ambiental e políticas públicas**, Macapá, n. 3, p. 109-122, 2011.. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/planeta/article/view/439>. Acesso em: 19 jul. 2020.

FRATTON, E. F; RODRIGUES, P. S. Princípios ambientais e a proteção jurídica da água. Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, Santa

Cruz do Sul, v.13, p. 1-18, 2016.. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/15762>. Acesso em: 16 jul. 2020.

GOMES, D.; ARTUZI, V. Responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público por ação ou omissão em decorrência de impactos e/ou danos ambientais. *Direito e Desenvolvimento*, [S.L.], v. 3, n. 5, p. 57-78, 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.26843/direitoedesenvolvimento.v3i5.196>. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/196/178>. Acesso em: 10 fev. 2021.

GOMES, T. S. B. Atuação do Ministério Público para a defesa dos recursos hídricos: proposta de integração territorialmente organizada por bacias hidrográficas. **Revista do Conselho Nacional do Ministério Público**, [s.l.], n. 7, p. 95-114, 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.36662/revistadocnmp.i7.104>. Disponível em: <https://ojs.cnmp.mp.br/index.php/revista/article/view/104>. Acesso em: 17 jul. 2020.

LIMA, C. C; PINTO, J. B. M. As audiências públicas e o diálogo dos saberes: uma abordagem sobre a instalação de hidrelétricas e seus impactos ambientais. *Revista Brasileira de Direito*, [s.l.], v. 13, n. 2, p. 137, 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v13n2p137-154>. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1182>. Acesso em: 16 jun. 2020.

LIMA, M. I. L. S; GRANZIERA, M. L. M. Direito humano à água e a perspectiva econômica para a sustentabilidade hídrica. *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público*, [s.l.], n. 7, p. 13-36, 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.36662/revistadocnmp.i7.100>. Disponível em: <https://ojs.cnmp.mp.br/index.php/revista/article/view/100>. Acesso em: 19 jul. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Procurador(a)-geral da República**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/o-mpf/procurador-a-geral-da-republica>. Acesso em: 19 jul. 2020.

MORLIN, V. T; EUZÉBIO, S. R. M. *Direito à água: um direito humano de três dimensões*. **Revista do Conselho Nacional do Ministério Público**, [s.l.], n. 7, p. 59-81, 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.36662/revistadocnmp.i7.102>. Disponível em: <https://ojs.cnmp.mp.br/index.php/revista/article/view/102>. Acesso em: 17 jul. 2020.

SANTA CATARINA. *Lei nº 11.560, de 19 de setembro de 2000*. Torna obrigatório o fornecimento de água potável pela Cia. Catarinense de Águas e Saneamento – CASAN, com caminhões-pipa, sempre que houver interrupção no fornecimento normal. Florianópolis, SC, Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2000/11560_2000_Lei_promulgada.html. Acesso em: 25 jul. 2020.

SILVA, M. V. O princípio da solidariedade intergeracional: um olhar do direito para o futuro. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 115-146, 2011. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/179>. Acesso em: 16 jul. 2020.

SOUSA, J. A. M.; MOITA NETO, J. M. Levantamento da proteção jurídica contra a contaminação ambiental. *Direito e Desenvolvimento*, [S.L.], v. 11, n. 2, p. 111-128, 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.26843/direitoedesenvolvimento.v11i2.1291>. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/1291>. Acesso em: 10 fev. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>. Acesso em: 26 jul. 2020.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

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

O (NÃO) ACESSO À INTERNET COMO LIMITAÇÃO DE
EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

NATALIA MARIA VENTURA DA SILVA ALFAYA
MARCELLA DA COSTA MOREIRA PAIVA
CLODOMIRO JOSÉ BANNWART JÚNIOR

O (NÃO) ACESSO À INTERNET COMO LIMITAÇÃO DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

THE (LACK) ACCESS TO THE INTERNET AS A LIMITATION OF THE EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHTS IN BRAZIL

Recebido: 17/01/2021
Aprovado: 02/01/2023

Natalia Maria Ventura da Silva Alfaya¹
Marcella da Costa Moreira Paiva²
Clodomiro José Bannwart Júnior³

RESUMO:

O presente artigo se centra na abordagem do direito de acesso à internet no Brasil, a partir da compreensão da base social e jurídica. Com isto, tem como objetivo analisar a relação entre o direito em questão e a efetividade dos direitos sociais, à luz da inserção do Brasil na modernidade. Para tanto, utiliza-se a pesquisa bibliográfica, principalmente, centrada na teoria social e histórica sobre a formação e estruturação sociojurídica, fazendo uso do método dedutivo. Contata-se que, dentro da sociedade da informação, o direito do acesso à internet é um pressuposto para a realização de direitos sociais, principalmente no momento pandêmico, dependendo de atuação positiva do Estado para serem efetivados.

Palavras-chave: Acesso à internet. Direitos sociais. Neoliberalismo. Modernidade.

239

ABSTRACT:

This article focuses on addressing the right of internet access in Brazil, based on an understanding of the social and legal basis. With this, it aims to analyze the relationship between the law in question and the effectiveness of social rights, in light of Brazil's insertion in modernity. For this purpose, bibliographic research is used, mainly, centered on social and historical theory on socio-legal formation and structuring and the deductive method is used. It turns out that, within the information society, the right of access to the internet is a precondition for the realization of social rights, especially in the pandemic moment, depending on the positive action of the State to be implemented.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2005-2009). Especialista em Direito Internacional e Econômico (2010-2011) e em Filosofia Jurídica (2020-2021), ambas pela Universidade Estadual de Londrina. Mestra em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (2012-2014). Doutora Em Ciências Jurídicas e Sociais junto ao Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (2015-2018). Advogada inscrita na OAB/PR 59.792. Docente do curso de graduação em Direito da Escola de Direito das Faculdades Londrina - EDFL e do Programa de Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e Tecnologias pela mesma IES. Pesquisadora do grupo Democracia, Cidadania e Estado de Direito - DeCIED e junto ao Instituto Gilvan Hansen - IGH. Pesquisando, especialmente, nas áreas de Democracia e participação democrática, constitucionalismo latino-americano, modernidade periférica e ensino superior jurídico; tendo como bases teóricas principais Jürgen Habermas e Jessé Souza. E-mail: naty.alfaya@gmail.com

² Doutoranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito, Instituições e Negócios (PPGDIN), na Universidade Federal Fluminense. Professora Universitária na Pós-Graduação de Processo Civil e Gestão Jurídica no Instituto Brasileiro de Mercados de Capitais (IBMEC) e do Curso de Direito na Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO). Mestra pela Universidade de Vigo, Espanha. Mestra em Justiça Administrativa, sob a linha de pesquisa Ética e Justiça, na Universidade Federal Fluminense. E-mail: marcellacmpaiva@hotmail.com

³ Doutor em Filosofia pela Unicamp. Professor Associado B do Departamento de Filosofia e do Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Professor colaborador do Programa de Doutorado em Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense, Niterói/RJ. Coordenador do Curso de Especializações em Filosofia Política e Jurídica (UEL). E-mail: cbannwart@hotmail.com

Keywords: Access to the internet. Social rights. Neoliberalism. Modernity.

Classificação JEL: K10

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento sustentável surge, na modernidade, não apenas como um marco, mas como uma necessidade para a sobrevivência da humanidade, à luz dos problemas globais gerados por políticas agressivas de produção e consumo, guerras e degradação ambiental. A Agenda 2030, com os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, vem em consonância com a necessidade de adoção de soluções globais em prol da promoção de direitos humanos e da viabilização do meio ambiente equilibrado.

Contudo, há um cenário de digitalização dos sistemas e do mundo da vida e um fortalecimento da perspectiva neoliberal. Neste passo, é imprescindível a abordagem do acesso universal à internet como mecanismo para a efetivação de direitos sociais e para a realização dos objetivos previstos na Agenda.

Mediante tal perspectiva, analisa-se, no presente artigo, o direito de acesso à internet como base para os direitos sociais, dentro da modernidade e da estrutural sociológica e estatal brasileira. Para tanto, parte-se da pesquisa bibliográfica, principalmente, centrada na teoria social e utiliza-se do método dedutivo.

Num primeiro momento, o trabalho se dedica ao entendimento dos fenômenos chamados de modernidade, e como eles se mostram de formas distintas nos Estados centrais e nos periféricos.

Na segunda parte, o foco é fechado na realidade brasileira, para analisar como os direitos sociais são ou não efetivados dentro desta sociedade em particular.

Uma terceira etapa volta a atenção à dicotomia entre a promoção e garantia de direitos sociais frente ao neoliberalismo implantado num Estado de realidade periférica como o Brasil.

Finalmente, em sua última sessão, este trabalho se volta à questão da crescente digitalização do mundo e da necessidade de acesso aos meios virtuais e à internet como essencial ao exercício dos direitos sociais.

1. MODERNIDADE CENTRAL E PERIFÉRICA

A modernidade consiste em um processo de secularização e de racionalização da compreensão de mundo iniciado com o movimento iluminista na Europa. Mediante os processos de migração e de colonização, o ideário moderno atingiu gradativamente outros países em períodos e graus distintos.

É importante, inicialmente, compreender que “a modernidade”, na realidade se configura em “as modernidades”, isto porque cada sociedade possui seu próprio processo, marcado por sua realidade histórica, cultural e social. Como forma de entendimento desses processos, Jessé Souza utiliza as categorias “modernidade central” e “modernidade periférica”.

Para compreender essas categorias, este trabalho utilizará como base teórica os autores Jürgen Habermas e Anthony Giddens, para a modernidade central, e o próprio Jessé de Souza, para a modernidade periférica.

1.1 MODERNIDADE CENTRAL: HABERMAS E GIDDENS

O autor alemão vinculado à escola de Frankfurt enxerga a modernidade central como resultado de uma sucessão de modelos de racionalidade. Nas sociedades chamadas por ele de pré-modernas, o modelo de racionalidade utilizado era o mítico, ou seja, aquele em que se espelhavam natureza e sociedade, de forma que o mundo humano era apenas um reflexo direto do mundo natural e, assim sendo formado por dogmas absolutos e inquestionáveis. Nas palavras do próprio autor:

“De início, gostaria de caracterizar em linhas gerais a compreensão de mundo mítica. (...) O mito “constrói um gigantesco jogo de espelhamentos em que, *ad infinitum*, as imagens contrapostas do mundo e do homem se refletem, partem-se e recompõem-se no prisma das relações entre natureza e cultura (...) Através da analogia o mundo todo ganha um sentido, tudo se torna significativo e a tudo se pode atribuir significado no interior de uma ordem simbólica em que se encaixam todos (...) os conhecimentos positivos, na completa profusão de seus detalhes” (HABERMAS, 2016, pp. 97-98).

Este modelo de racionalidade mítica, no entendimento de Habermas, causa duas grandes consequências, ambas negativas. Em primeiro lugar, esse modelo de racionalidade enxerga a natureza antropomorfizada, ou seja, como vontade de serem míticos que, mesmo estando acima e além das possibilidades humanas, possuem comportamentos e reações bastante “humanos”, como a vingança, a recompensa, o castigo, as predileções, etc. Em segundo lugar, esta forma de entender a realidade, em que natureza e cultura não são diferenciadas, cria a noção de que as coisas são apenas como são, sem qualquer possibilidade de questionamento ou modificação; são dogmas absolutos aos quais a humanidade deve simplesmente se submeter (HABERMAS, 2016, pp. 100-101).

No momento em que tais modelos de racionalidade mítica não foram mais capazes de apresentar respostas satisfatórias as questões que foram surgindo na história humana, foram substituídos por novos modelos de racionalidade, e, na visão habermasiana, se passa então às sociedades modernas, onde o modelo de racionalidade empregado é o não-mítico, ou o moderno.

Tal modelo é sustentado pela racionalidade, que, para este autor, é a capacidade argumentativa e intersubjetiva apresentada pelas pessoas, de debater pontos de vista diferentes e, todas dentro de seus próprios contextos culturais, chegar a consensos que possam servir de guia para a realidade cultural. Especialmente entendendo que tal realidade cultural, e seus guias, são mutáveis, podendo ser rediscutidos e alterados conforme as novas necessidades que se apresentem (HANSEN, 1999, pp. 17-18).

A diferença central entre tais modelos de racionalidade, emprestando as palavras de Horton, é que os modelos de racionalidade míticos são fechados, isso é, não admitem questionamento, enquanto os modelos de racionalidade modernos são abertos, isso quer dizer que admitem análise, reflexão e, quando necessário, mudanças.

“In other words, absence of any awareness of alternatives makes for an absolute acceptance of the established theoretical tenets, and removes any possibility of questioning them. In these circumstances, the established tenets invest the believer with a compelling force. It is this force which we refer to when we talk of such tenets as sacred...Here, then, we have two basic predicaments: the ‘closed’ – characterizes by lack of awareness of alternatives, sacredness of beliefs, and anxiety about threats to them; and the “open” – characterizes by awareness of alternatives, diminished sacredness of beliefs, and diminished anxiety about threats to them” (HORTON, 1970, p. 154 *apud* HABERMAS, 2016, v. 1, p. 124).

O modelo de racionalidade desenvolvido por Habermas, baseado em estruturas comunicacionais, argumentativas e intersubjetivas que podem ser analisadas e alteradas conforme a necessidade, é, portanto, um modelo aberto; enquanto os modelos pré-modernos, ou míticos, são modelos fechados, na medida em que não permitem questionamentos e a possibilidade de mudança.

Outro autor que dedica muito estudo ao fenômeno da modernidade, tendo uma visão mais sociológica (enquanto Habermas faz uma análise dentro do campo da filosofia) é Anthony Giddens.

Giddens situa a modernidade a partir do advento da industrialização, mas não pela industrialização em si mesmas. O que marca a modernidade, para o autor, são as consequências que a industrialização trouxe ao mundo, reorganizando as dinâmicas sociais e do trabalho.

Como aspectos mais relevantes de todas as mudanças trazidas pela industrialização, Giddens destaca uma nova compreensão da relação tempo-espço e o desencaixe das instituições sociais, desencaixe este que pode ocorrer por meio do sistema de fichas simbólicas ou, e concomitantemente, pelos sistemas peritos.

Sobre ao primeiro aspecto, a relação tempo-espço, é certo que todas as sociedades tiveram que encontrar uma maneira de identificar a passagem do tempo, através do uso de calendários, mudança da posição dos astros no céu, ou outros mecanismos.

Entretanto, a modernidade é marcada por uma desvinculação da noção de tempo de um local determinado. Independente de quão geograficamente distante dois sujeitos estejam, eles entendem, na modernidade, a passagem do tempo de uma forma padronizada e organizada. Um marco histórico para tal mudança pode ser acertadamente encontrado, na invenção do relógio mecânico, que possibilitou essa generalização da forma de contar a passagem do tempo. (Giddens, 2002, p. 22-23)

Tal uniformização possibilitou que as dinâmicas sociais muito mais amplas, características da modernidade, especialmente nas questões comerciais e políticas, possam acontecer por estarem os indivíduos envolvidos possibilitados de coordenarem suas ações no tempo.

O segundo elemento essencial da modernidade, segundo Giddens, é o desencaixe das instituições sociais. Tal desencaixe pode acontecer por meio de duas sistemáticas distintas, as fichas simbólicas e os sistemas especializados ou peritos. (Giddens, 2002, p. 23 e ss.)

Em relação às fichas simbólicas, o exemplo mais característico é o dinheiro. A criação de um padrão de valor que pode ser comparado, trocado e utilizado independente de vinculação com um lugar ou sociedade específica, foi um dos elementos que criou as condições de possibilidade para a ampliação da atividade comercial sofisticada, abstrata e abrangente que se apresenta na modernidade.

Os sistemas especializados, por sua vez, são caracterizados pela organização e padronização do acesso ao conhecimento. Ou seja, o conhecimento é acessado não mais através de uma relação mestre-aprendiz, vinculada, e delimitada, a um determinado espaço. O conhecimento se desprende do local para ser generalizado e transmitido de forma mais abrangente àqueles que buscam tal conhecimento.

Ambos as sistemáticas pelas quais o desencaixe das instituições sociais se dá na modernidade são baseados em construção de vínculos de confiança não mais no profundo conhecimento da outra pessoa, mas pela aceitação e confiança numa determinada dinâmica social e na pressuposição de que aquele que apresenta determinadas credenciais de fato faz jus a elas. (Giddens, 2002, 23-24.)

As teorias de modernidade apresentadas até aqui, entretanto, são pertinentes aos Estados centrais, especialmente à Europa, onde o caminhar histórico pode ser estudado através destes

modelos. A realidade latino-americana é muito distinta e não pode ser analisada da mesma forma.

1. 2 MODERNIDADE PERIFÉRICA: JESSÉ DE SOUZA

As teorias acerca do processo de surgimento e consolidação da modernidade acima apresentadas, entretanto, são adequadas ao espaço onde tal modernidade surgiu, qual seja, a Europa, e aos países que geraram os modelos de racionalidade que embasam tal modernidade.

Regiões periféricas formadas pela expansão de tal modelo de racionalidade, entre elas o subcontinente latino-americano, enfrentaram tais mudanças de forma muito distinta e poucos são os estudos dedicados a analisar a realidade dessa periferia. Ao contrário dos Estados centrais que desenvolveram o modelo de racionalidade que sustenta a modernidade, os Estados periféricos receberam “de fora para dentro” tal modelo como imposição, sem que tivessem possibilidade ou tempo para se adaptarem a tal.

Entretanto, tais estudos a respeito das sociedades periféricas nem sempre foram ignorados pelas discussões sociológicas, houve um período logo no pós-segunda guerra mundial em que houve um grande interesse na questão de como tais sociedades se desenvolvem, especialmente guiado pelo interesse dos Estados Unidos em “organizar o mundo livre”. (Souza, 2006, p. 12.)

Estes estudos, no entanto, se baseavam numa lógica categorial de simples oposição entre tradição e modernidade. O que quer dizer que a modernidade era vista como um caminho único e alcançado por etapas que poderiam ser indistintamente replicadas em todos os Estados com os mesmos resultados. Sendo assim, o esforço destas pesquisas era identificar quais eram as etapas necessárias para a modernização e localizar ou mesmo criar eventos semelhantes nos Estados periféricos.

A literatura produzida nos próprios Estados periféricos não escapava dessa lógica na qual a tradição era vista como oposta à modernidade. E era justamente a continuidade de estruturas tradicionais, centradas em indivíduos e famílias como a base das relações sociais que causavam as mazelas destes Estados como a imensa e naturalizada desigualdade e a marginalização de grandes parcelas da população com a concentração de poder e riquezas nas mãos de uma pequena elite.

Contrariando estes estudos, Jessé de Souza propõe que, por ter um processo histórico distinto dos Estados centrais, os Estados periféricos não podem ser vistos apenas como estando em etapas anteriores de um caminho único que levará, com toda certeza, à modernidade nos mesmos moldes da apresentada nos Estados centrais. E que os problemas sociais enfrentados na periferia não são causados por uma falta de modernidade, mas ao contrário, pela forma como a modernidade chegou à estes Estados periféricos.

“Gostaria de tentar demonstrar como a naturalização da desigualdade social de países periféricos de modernização recente [...] pode ser mais adequadamente percebida como consequência, não a partir de uma suposta herança pré-moderna e personalista, mas precisamente do fato contrário, ou seja, como resultante de um efetivo processo de modernização de grandes proporções que toma [...] paulatinamente a partir de inícios do século XIX. [...] nossa desigualdade e sua naturalização na vida cotidiana é moderna, posto que vinculada a eficácia de valores e instituições modernas com base em sua bem-sucedida importação “de fora para dentro”. Assim, ao contrário de ser personalista, ela retira sua eficácia da “impessoalidade” típica dos valores e instituições modernas. É isso que a faz tão opaca e de tão difícil percepção na vida cotidiana” (Souza, 2006, p.17).

Mais do que simples discordância teórica, esta má interpretação da modernidade periférica é responsável, segundo o mesmo autor, pela falta de engajamento das populações e da desesperança geral com os canais políticos que se nota nos Estados periféricos. Os sistemas obsoletos de imposição de um caminho único que leva a uma modernidade também única não podem abarcar a realidade dos Estados periféricos, tão pouco oferecer soluções aos seus problemas, e a falta de novas leituras sobre os conflitos sociais periféricos frente a necessidades mais urgentes e imperiosas da vida tornam a participação nas arenas políticas pouco atraente para as populações (Souza, 2006, p. 17).

No caso dos Estados periféricos, em especial os da América Latina, o processo histórico não foi o mesmo que o dos Estados centrais. Enquanto estes últimos levaram um longo período desenvolvendo, adaptando e transformando seus modelos de racionalidade até chegar ao que dá sustentação à modernidade, os primeiros viram tal modernidade, junto com seu modelo de racionalidade, ser trazido pronto e acabado e imposto em detrimento das necessidades e questões que estas sociedades entendiam como sendo parte de sua realidade.

Desta forma, as práticas modernas, como estruturas organizacionais como o Estado nacional e o mercado competitivo global, vieram antes das ideias modernas, sem qualquer consideração sobre se as sociedades já existentes viam a necessidade de tais alterações. (Souza, 2006, p. 95-96.)

Diante deste cenário, Jessé de Souza propõe que se entenda a modernidade periférica menos como a soberania de um passado tradicional (e pré-moderno) sobre o presente, e mais como uma ausência de condições essenciais para que se forme a mesma modernidade que foi formada nos Estados centrais. (Souza, 2006, p. 98.)

Dentro desta linha de raciocínio, portanto, é imperativo reconhecer que existem diversas formas de esquematização do *imaginário social*⁴ e de modernidades, não havendo um único processo histórico, que passe pelas mesmas etapas e leve a um mesmo resultado, com as mesmas características. A modernidade central não pode, de fato, ser simplesmente transposta sem qualquer critério aos Estados periféricos latino-americanos que passaram, e ainda passam, por um processo histórico muito distinto daquele experimentado pelos Estados centrais.

Entre tais países de modernidade periférica, temos o Brasil, que é foco principal de estudo deste trabalho, que, por seus processos históricos, sociais e culturais, não pode ser comparado de forma simplista aos processos experimentados pelos Estados centrais em quase todas as questões relevantes, mas especialmente, quanto aos problemas de acesso e garantia a direitos sociais fundamentais.

2. CONQUISTA DE DIREITOS SOCIAIS NA MODERNIDADE BRASILEIRA

O Brasil, como é cediço, é um país que foi inserido na modernidade posteriormente, configurando-se em uma sociedade de modernidade periférica. Os valores iluministas e modernos foram importados para o Brasil, sem que este passasse pelas revoluções envolvidas no processo, o que acarreta um choque entre aspectos pré-convencionais com preceitos secularizados.

À luz do tópico anterior, a modernidade brasileira experimenta um processo específico, no qual as condições necessárias para o desenvolvimento de sua própria modernidade não foram respeitadas, sendo trazidos modelos externos sem se atentar às características particulares brasileiras. Discute-se, até, sobre a existência, ou não, de uma modernidade brasileira, frente

⁴ Conceito emprestado por Jessé de Taylor. Tal conceito representa basicamente o conjunto de formas morais, obrigações, direitos e expectativas mais ou menos organizadas, mesmo que não escritas, nas nossas relações uns com os outros. Para mais detalhes, consultar *A construção social da subcidadania: Para uma sociologia política da modernidade periférica*, Jessé de Souza, 2006.

às pluralidades de modernidades, e alguns autores, como Roberto Damatta e Raymundo Faoro, destacam as diferenças do modelo brasileiro frente a outros processos de modernidade (TAVOLARO, 2005).

Independentemente do debate sociológico sobre uma modernidade especificamente brasileira, é imprescindível verificar que o caso brasileiro possui aspectos particulares, como o patriarcalismo, o paternalismo, a burocracia, o patrimonialismo estatal, a relação entre a rua e a casa (FAORO, 2012; HOLANDA, 1994; MATTA, 1997; TAVOLARO, 2005). Isto resulta em um direito brasileiro criado e originado a partir da estrutura estatal controlada pela elite, sem efetiva participação da população, que é mantida inerte e excluída durante todo o processo.

Nota-se, portanto, que o Brasil passa pelo processo seu próprio processo de modernidade, o que desemboca em um panorama social e jurídico distintos da modernidade central, além de possuir peculiaridades dentro da própria ideia de modernidade periférica. Este fenômeno gerou uma forte desigualdade no país, intensificada pela deficiência de políticas públicas para a integração social e econômica da população segregada.

Ademais, a própria fundamentação dos direitos sociais é falha, uma vez que tais conceitos foram inseridos sem a existência de processos de conquistas destes direitos. No âmbito da modernidade central, cada dimensão de direitos humanos adquirida se baseia em um processo revolucionário específico. Os direitos de primeira dimensão, civis e políticos, são conquistados mediante a Revolução Francesa, tendo como base o ideário iluminista. No caso dos direitos de segunda dimensão, os direitos sociais, econômicos e culturais, partem dos movimentos trabalhistas e estudantis, em face das consequências das revoluções industriais.

No entanto, o Brasil não enfrentou tal movimentação na sociedade civil para que ocorresse a incorporação de tais direitos fundamentais no ordenamento jurídico. Para Murilo de Carvalho (2001), a falta de entrelaçamento entre a aquisição dos direitos e a sua proteção jurídica, no curso da história brasileira, configura uma cidadania inconclusa, já que não ocorreu o curso para a formação de tal cidadania. Para o autor, a cidadania somente se mostra plena quando segue o processo de avanço da civilização, perpassando pela conquista de direitos civis, depois pelos direitos políticos e, por fim, pelos direitos sociais (CARVALHO, 2001). No caso brasileiro, este processo histórico de dimensões de direitos não decorre nesta ordem e não se estrutura a partir da sociedade (CARVALHO, 2001).

O ingresso da base axiológica, que sustenta as dimensões de direitos humanos no Brasil, também tem seu caráter artificial e de importação, pois não enfrentou em sua plenitude os processos de conquistas de direitos.

Conforme Murilo de Carvalho (2001), os direitos sociais foram os primeiros a serem assegurados pelo ordenamento jurídico brasileiro, iniciando a formação da cidadania brasileira. Estes são inseridos no direito brasileiro mais fortemente durante a Era Vargas, com a concessão de direitos trabalhistas, ampliação do direito à educação e do direito à saúde. Surgem no âmbito de um governo de caráter autoritário e paternalista, que possibilita a legalização e a constitucionalização de direitos de segunda dimensão. Ou seja, a conquista de tais direitos ocorre por uma outorga do Estado, não por conquistas populares (CARVALHO, 2001). Assim, não houve um processo de conquista que fundamente o reconhecimento de tal dimensão de direitos, como ocorreu nos Estados de modernidade central.

A deficiência na sustentação dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro afeta a sua concretização, porque apenas posteriormente se adquiriu as condições de possibilidade para a sua efetivação. O curso da aquisição de uma cidadania real se alicerça na conquista, num primeiro momento, dos direitos civis e políticos, cuja perspectiva de liberdade possibilita que posteriormente se reconheça as noções de fraternidade e de solidariedade no direito.

Todavia, isto não quer dizer que tudo está perdido. A Constituição de 1988 tem a previsão de direitos civis, políticos, sociais, culturais, econômicos e dentre outros. Ou seja, há a base normativa protegida no máximo grau do ordenamento jurídico brasileiro, sendo necessário que os esforços se concentrem em sua concretização. Com a Carta Magna em vigor, tem-se a devida proteção das bases jurídicas para a cidadania e para os direitos humanos.

Neste passo, há a completude do processo de conquistas de direitos e de uma cidadania plena, mas o processo de inversão, com a outorga de tais direitos pelo Estado antes de uma movimentação da sociedade que os sustentasse de fato, resultou em um panorama de exclusão social de parcelas importantes da população brasileira, especialmente quando analisamos esta questão sob uma perspectiva do neoliberalismo praticado no Brasil.

3. DICOTOMIA ENTRE DIREITOS SOCIAIS E NEOLIBERALISMO

Os direitos sociais pressupõem a atuação positiva do Estado, mediante políticas públicas e ações afirmativas, partindo da necessidade de efetivação da solidariedade e da justiça social. Isto é, tais direitos, inseridos na segunda dimensão de direitos humanos, atuam diretamente na redução da desigualdade social. Deste modo, deve interferir na ordem econômica e social, seja nas relações públicas ou privadas, em prol da igualdade formal e material.

Como parte do rol de direitos humanos, os direitos sociais servem como limitação à soberania nacional, compondo uma ordem cosmopolita, já que são direitos subjetivos de conteúdo universalizável (HABERMAS 2016). Contudo, os direitos humanos pressupõem uma cidadania global, havendo uma solidariedade cosmopolita, base para a solidificação de tais direitos (HABERMAS, 2016). Os direitos sociais podem e devem ser protegidos como direitos fundamentais, com aplicação dentro de uma comunidade jurídica, como ocorre no âmbito do estado brasileiro.

O modelo estado de bem-estar social foi propriamente constituído no processo de reconhecimento dos direitos de segunda geração e com o intuito de efetivá-los. O *Welfare State* se compromete com o uso de recursos públicos para a promoção da justiça social, com a constitucionalização de direitos sociais e a previsão na constituição de mecanismos para viabilizá-los (FERNÁNDEZ-ÁLVAREZ, 2018). Ademais, apresenta ingerência na sociedade civil com investimentos e programas sociais para a concretização de direitos fundamentais.

O Estado de bem-estar social é resultado do processo em que se reconhece que a pobreza e a desigualdade não são falhas morais ou responsabilidade dos indivíduos que se encontram em posição de miserabilidade, mas sim problemas que dizem respeito à experiência política. Portanto, devem ser enfrentados pelos Estados por meio de políticas públicas e sociais de proteção aos mais vulneráveis e diminuição da desigualdade social entre os cidadãos, de forma a garantir um mínimo existencial e o máximo de bem-estar ao máximo de indivíduos.

A noção de Estado de bem-estar social se relaciona diretamente com a promoção de direitos sociais, sendo as bases:

“(…) a educação, obrigatória e gratuita nas primeiras etapas, e fortemente subvencionada nos níveis superiores; a saúde, que a princípio deveria ser universal e gratuita; a previdência social, completa em cobertura e que garanta uns ingressos mínimos diante de determinadas situações ou eventualidades; e uns serviços sociais que proveja de um conjunto de ajudas destinadas a cobrir as necessidades de determinados coletivos em situação de exclusão ou em risco de padecer ela” (FERNÁNDEZ-ÁLVAREZ, 2018, pp. 895-896).

Tais políticas públicas interferem na vida econômica e social dos indivíduos para diminuir as desigualdades, aproximar e dar mais firmeza ao tecido social o que, sem dúvidas,

influencia positivamente na vida daquela sociedade. Além disso, o acesso dos indivíduos a um mínimo de qualidade em serviços como educação, saúde e proteção social é uma das grandes bases que possibilitam a participação, entendimento e integração política e democrática.

O Estado brasileiro se propõe, a partir da Constituição de 1988, a ser um Estado de bem-estar social, à luz dos seus princípios fundamentais, objetivos, princípios e valores da ordem econômica e social (GRAU, 2012, p. 72). Contudo, o texto constitucional enfrenta, desde sua criação, constantes emendas para modificação da sua perspectiva de relação entre o Estado, a ordem social e a ordem econômica. Nas últimas décadas, se verifica uma maior aproximação do neoliberalismo, diante da reforma gerencial do estado brasileiro (BRESSER-PEREIRA, 2000), que tem promovido privatizações, redução do Estado, parcerias com a sociedade civil para a realização de atividades administrativas (BRESSER-PEREIRA, 2000; OLIVEIRA, 2010).

O processo de neoliberalização do Brasil está na direção da informatização e da digitalização da sociedade, em que se constata o capitalismo financeiro anacional (HABERMAS, 2001). Neste sentido, Evgeny Morozov (2018) destaca a relação entre sociedade da informação e capitalismo neoliberal, partindo do avanço das tecnologias em questão com as grandes companhias estadunidenses. Com isto, assevera que a internet e demais tecnologias de comunicação e da informação são resultado de um projeto das forças armadas dos EUA e, posteriormente, das empresas do Vale do Silício (MOROZOV, 2018).

Mediante tal modificação de paradigma tecnológico e do próprio capitalismo, em que se verifica a informação como o ponto central, altera-se o panorama social, econômico e político (TAKASHI, 2000, p. 31).

A revolução digital e informacional tem base na geopolítica e no capitalismo internacional (MOROZOV, 2018), o que afeta diretamente países como o Brasil, que são excluídos deste processo por conta da divisão internacional do trabalho. Neste cenário, o Brasil é mantido em uma função internacional de produção de matérias-primas, produtos primários e industrializados, dentro do sistema de capitalismo informacional (CASTELLS, 1999; SANTOS, 1997).

O neoliberalismo, sob o ponto de vista econômico, se sustenta na ausência ou na baixíssima interferência do Estado na ordem econômica, de forma que cabe ao próprio mercado o ajuste com algumas políticas de austeridade econômica (FERNÁNDEZ-ÁLVAREZ, 2018, p. 898). Envolve ainda uma redução significativa do aparelho estatal, com a perspectiva de desregulamentação econômica, de livre concorrência, diminuição de políticas de fomento, relativização de garantia e de direitos sociais (GRAU, 2012, p. 51).

A neoliberalização é um movimento fortalecido pela geopolítica internacional e pelo caráter anacional do capital, permitindo uma maior facilidade para a produção de lucro e para investimentos internacionais. Com o Consenso de Washington, em 1989, o neoliberalismo foi disseminado pelos Estados Unidos e por organismos internacionais para os demais países, com reforço da necessidade de países latino-americanos de adoção de tais políticas para ingresso e permanência nos mercados internacionais (STIGLITZ, 2002, pp. 114-115).

Este processo, como visto anteriormente, é aliado da sociedade em rede e envolve um embate com direitos fundamentais já conquistados. Com efeito, acentua a marginalização de setores que já sofrem com a exclusão social, aplicando um ideal meritocrático e baseado unicamente em uma igualdade de caráter formal (SOUZA, 2020).

Isto é resultado do individualismo político e jurídico presente no liberalismo e no neoliberalismo, que provocam um embate com os direitos humanos a partir da segunda geração, voltados para a perspectiva fraterna e solidária.

Decerto, o processo de modernidade central teve como um dos alicerces a centralização do ser humano, por sua capacidade racional, como base para a compreensão de mundo. Neste passo, o indivíduo, a partir de sua autonomia, liberdade e vontade, se tornou o epicentro do

ordenamento jurídico e do Estado, gerando um raciocínio com base individual para a proteção dos direitos de primeira geração.

As teorias de base liberal, como o neoliberalismo político e econômico, se estruturam a partir da perspectiva do individualismo, o que dificulta a salvaguarda e a promoção dos direitos de base social, como os direitos sociais e coletivos. Este cenário axiológico gera a incompatibilidade entre o sistema neoliberal e a segunda e terceira dimensões de direitos humanos, que se pautam no interesse coletivo e no interesse público.

Os fatores do neoliberalismo mencionados neste tópico geram um impasse entre a abordagem político-econômico e os anseios da sociedade pela concretização de seus direitos. A crise social, econômica e política, enfrentada em âmbito global, atribuída, entre outros fatores, à pandemia do COVID-19, demonstra um esgotamento das políticas neoliberais e a necessidade de adoção de um desenvolvimento sustentável e com foco social e coletivo. Entretanto, é importante frisar que o déficit do modelo estatal neoliberal e individualista já era verificado por entidades internacionais, como a ONU, nas Agendas globais muito antes da chegada da pandemia atual.

Jürgen Habermas identifica no cenário em questão, sob o ponto de vista da desnacionalização do capital e das questões problemáticas na modernidade periférica, uma afetação da relação privado-público no Estado, a transferência das consequências locais para internacionais, a relativização de fronteiras e a necessidade de ações globais para a paz, o meio ambiente, a sociedade, a economia e a política (HABERMAS, 2001, pp. 87-88).

Demanda-se, assim, um “normativismo universal” no plano mundial para a relocação da racionalidade prática no âmbito social e na relação do ser humano com a natureza, revertendo o caráter instrumental (BANNWART JÚNIOR, 2019, pp. 50-51).

Nesta direção, foi elaborada a Agenda 2030, pelas Nações Unidas, que prevê 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. Agenda esta que foi ratificada pelo Brasil e que prevê a necessidade de atuação positiva dos Estados, por meio de programas sociais e políticas públicas, para a promoção do desenvolvimento sustentável, criando uma perspectiva de solução global.

O entendimento da ideia de desenvolvimento sustentável, não se limita a uma visão de proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, engloba, muito além disso, o aspecto social, com o intuito de erradicar a pobreza e garantir a efetividade dos direitos humanos. Por conseguinte, envolve o resgate da abordagem de proteção ampla e concretização de direitos fundamentais, mediante a intervenção estatal na ordem social, econômica, política e ambiental.

O neoliberalismo é, em certa medida, de difícil compatibilização com tal promoção de direitos sociais de forma universal e igualitária e, conseqüentemente, se choca com a Agenda 2030 da ONU. Os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável demandam a atuação do Estado pela realização da igualdade material, definindo e implementando políticas públicas, programas sociais e ações afirmativas, que dependem de intervenção estatal na vida privada e na regulação dos mercados, assim como a colaboração da sociedade civil para com a atuação do Estado.

Neste passo, é necessário um modelo de Estado que tenha como enfoque a realização dos direitos fundamentais, a partir da própria Administração Pública. O Estado de bem-estar surge como o principal aliado dos direitos humanos, sendo o ponto de partida para a concretização destes e para a efetivação da Agenda 2030, principalmente em um país de extrema desigualdade como o Brasil⁵.

Dentro de todo este contexto, não se pode ignorar que no processo atual a internet e o acesso, ou não, aos seus espaços virtuais se torna cada vez mais central, na medida em que os processos para efetivação dos direitos fundamentais perpassam ambientes virtuais, seja para

⁵ Conforme o Relatório Anual Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) de 2019, o Brasil se encontra em sétimo lugar entre os países mais desiguais. A análise se centra no coeficiente de Gini, que verifica a concentração e distribuição de renda e a desigualdade.

a disseminação de informações, espaços de debates ou mesmo o cadastramento e o real acesso dos cidadãos aos serviços públicos. Assim, para o avanço na direção de um Desenvolvimento Sustentável nos termos da Agenda 2030, é indispensável pensar o papel da internet e sua utilização pelas populações.

4. PROMOÇÃO DO ACESSO À INTERNET E DE DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

4.1 INTERNET E SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A internet foi criada e utilizada pelo departamento de Defesa dos Estados Unidos para viabilizar a rede de comunicação entre os centros comando e controle (CASTELLS, 1999, p. 82). Posteriormente, seu uso foi sendo modificado com a construção de redes de computadores para universidade dos EUA, mas ainda se mantinha a colaboração com departamento mencionado (CASTELLS, 1999, p. 83). Assim, em 1969, servia também como uma rede de comunicação entre cientistas, porém ainda era voltada exclusivamente ao setor público.

Gradualmente, a internet foi sendo ampliada e direcionada ao setor privado e surgiram os sistemas de regulação e da facilitação do seu uso (CASTELLS, 1999, pp. 84-85). Entretanto, foi somente em 1990, com a criação da plataforma WWW (*world wide web*), que se tornou possível a difusão da internet para a sociedade em geral (CASTELLS, 1999, p. 87).

Esta disseminação foi intensificada com a criação do URL (*uniform resource locator*), que permite a localização uniforme de recursos, e do HTTP (*Hypertext Transfer Protocol*), que é um protocolo de transferência para sistemas de informação que permite, com o URL do site, o acesso a seu conteúdo e dados (CASTELLS, 1999, p. 88; MAGRANI, 2018). Com o surgimento dos navegadores, dos mecanismos de pesquisa e softwares de processamento de dados, a internet se tornou um meio de comunicação de fácil utilização, com linguagem e lógica própria.

Neste cenário, o acesso à internet se tornou essencial para as esferas da vida, já que é um mecanismo para a realização das mais diversas atividades. Em vista disso, foi reconhecida como um direito humano no âmbito da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, como base para o acesso à informação, comunicação e integração. Também foi previsto como tal pela Conselho de Direitos Humanos da ONU, Resolução 7/36 de 2008, como direito base para a liberdade de expressão e de opinião. Frente à necessidade de concretização do direito de acesso à internet, a ONU criou Painel de Alto Nível sobre Cooperação Digital com o intuito de promover a sua universalização, a educação digital e a conscientização sobre o uso da internet.

Ainda, dentro da Agenda 2030, há a previsão no Objetivo 9 de construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação, como forma de promover a inclusão e a inovação. Depreende-se, por conseguinte, que o direito de acesso à internet e a inclusão digital são direitos humanos, sendo ainda base para o exercício e a efetivação de outros direitos essenciais para a dignidade da pessoa humana.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, há a previsão do direito de acesso à internet para todos na Lei do Marco Civil, sendo considerado como essencial para a realização da cidadania, conforme os artigos 4º e 7º.

Dentro da sociedade de informação, o acesso à rede de computadores está na base da realização de outros direitos humanos, como os direitos civis, políticos e sociais, e na democratização destes. A inclusão e a educação digital ascendem como paradigmas da humanidade dentro do informacionalismo, devendo haver cooperação internacional e esforços estatais para a promoção.

O direito à internet é imprescindível dentro de uma sociedade que se estrutura no processo e gerenciamento de informações e que está em linha ascendente de digitalização. Esta necessidade foi intensificada com as medidas de restrição e isolamento social adotadas como mecanismo de prevenção e combate ao COVID-19, de forma que a ausência de acesso a rede de computadores infere uma ausência de realização de outros direitos fundamentais, em especial, direitos sociais.

4.2 ACESSO À INTERNET NO BRASIL

A injustiça social é uma das características marcantes da história brasileira e da sociedade brasileira em si, de forma que a igualdade material não acompanha o crescimento econômico (SCHWARCZ, STARLING, 2015). Este cenário segue presente, o país ocupa o oitavo lugar entre os maiores Produtos Interno Bruto (PIBs) do mundo, conforme dados de 2019 do Fundo Monetário Internacional (FMI), entretanto, figura no sétimo lugar entre os países mais desiguais, com base no Relatório Anual de 2019 do PNUD. Esta contradição performativa entre a posição econômica e a justiça social apontam para uma concentração de riquezas e para a premente necessidade de atuação positiva do Estado para a promoção da igualdade material.

A modernidade periférica brasileira não teve como um dos seus alicerces a realização de políticas públicas, programas sociais e ações afirmativas para integração dos setores socialmente excluídos. Conforme visto anteriormente, faltam as condições de possibilidade para a fundamentação dos direitos, em especial, dos direitos sociais, os quais são essenciais para a promoção da igualdade material e da inclusão sociais. Depende, portanto, de atuação positiva do Estado para a viabilização de direitos fundamentais de forma plena e universal.

Somente com a realização de ditos direitos sociais é que se caminhará na direção para a promoção da justiça social e redução da desigualdade social. Tais direitos não devem ser olvidados no curso do crescimento econômico, para que não se permita que dentro desse crescimento não esteja embutido o desenvolvimento, como elemento para a cidadania e para o desenvolvimento sustentável. Em adição, requer um modelo estatal intervencionista na ordem social e econômica.

Contudo, tais direitos carecem, no Brasil, de sua fundamentação, dificultando a sua efetividade, embora previstos de forma extensiva no Título II (Dos direitos e garantias fundamentais) e no Título VIII (Da ordem social) da Constituição da República de 1988. Deste modo, o ordenamento jurídico consagrou os direitos sociais e a justiça social e definiu mecanismos e instituições para sua concretização, dependendo apenas da atuação do Poder Executivo na formulação de políticas para tanto⁶.

Entretanto, o Estado brasileiro tem sofrido um processo de neoliberalização, incompatível com o texto original da CRFB/88 e com os princípios e direitos nela previstos, resultando na contradição performativa anteriormente mencionada.

Neste passo, os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) e o comprometimento do Brasil com a Agenda 2030 se mostram fundamentais para a promoção dos direitos sociais e, conseqüentemente, o direcionamento para a justiça social. Os ODS preveem metas e indicadores que especificam e materializam os direitos fundamentais.

Na sociedade da informação, a efetividade de direitos sociais em sua plenitude, ainda mais dentro do momento pandêmico, envolve o direito de acesso à internet e a inclusão digital.

⁶ O Poder Judiciário, frente à sua função contramajoritária e democrática, também deve atuar em prol da formulação de programas sociais e ações afirmativas para a realização do bem-estar social, mediante a provocação. O Ministério Público e a Defensoria Pública, como funções essenciais à justiça direcionados para os interesses transindividuais, devem, adicionalmente, fazer uso de suas funções e competências institucionais neste sentido.

O direito à educação, por exemplo, consiste em um dos mais afetados neste cenário, pois, para a continuidade das atividades letivas, foi necessária a conversão para o ensino à distância síncrono ou assíncrono. À luz da desigualdade de acesso à internet, as instituições públicas de ensino infantil, fundamental e médio estão, em sua maioria⁷, com atividades não presenciais, afetando o acesso à educação para uma parcela da população brasileira já fragilizada pela desigualdade social e pela carência de realização de outros direitos fundamentais.

Conforme o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), na TIC Kids Online 2019, verificou que 17% brasileiros na faixa etária entre 9 e 17 anos – cerca de 4,8 milhões de crianças e adolescentes não possuem internet em casa e, conseqüentemente, estão sem acesso à educação básica momento atual (AGÊNCIA BRASIL, 2020). Os dados foram coletados entre 2019 e 2020 e apontam a desigualdade social e a desigualdade entre regiões do Brasil. Os dados mostram que 11% da população nesta faixa etária não possui nenhum acesso à internet, chegando a 25% nas áreas rurais (AGÊNCIA BRASIL, 2020).

No tocante ao âmbito trabalhista, a pandemia acelerou o processo de *home office* para diversas categorias profissionais, demandando acesso à internet de alta velocidade e estrutura de equipamentos eletrônicos. Em conformidade com Pesquisa Gestão de Pessoas na Crise COVID-19, elaborada pela Fundação Instituto de Administração (FIA), 46% das empresas adotaram o *home office*, com 41% dos funcionários trabalhando à distância (AGÊNCIA BRASIL, 2020). O valor das empresas que pretendem manter na pós-pandemia o teletrabalho, em algum grau, é de 63%, de forma que o acesso ao trabalho também depende do acesso à internet.

No caso do direito à saúde, o Sistema Único de Saúde e a Saúde Suplementar também se basearam, parcialmente, em atividades não presenciais para o atendimento da população (CAETANO, 2020). A telemedicina foi adotada por ambos como estratégica para a realização de consultas dentro da restrição de circulação social, priorizando o atendimento presencial para casos em que esta se mostra necessária. Embora não seja a inteira prestação por meio eletrônico, a ausência de acesso à internet prejudicou uma parcela da população, a qual foi relegada para o atendimento normal, de maior risco por conta do coronavírus.

O próprio direito de acesso à justiça e à assistência jurídica se mostra reduzido no período em questão. O Poder Judiciário brasileiro, nas últimas décadas, tem se orientado para a digitalização, com a estruturação do sistema do Processo Judicial Eletrônico (PJe), desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com a Ordem dos Advogados Brasileiros (OAB). E, neste ano de 2020, avançou ainda mais nesta direção com o Juízo 100% Digital, pautado no direito de acesso à justiça, no qual todos os atos judiciais serão editados por meio eletrônico e remoto pela internet, que pode ser implementado em todos os tribunais, conforme a Resolução n. 345 do CNJ. Com as medidas de isolamento social, o Poder Judiciário se manteve, em sua maioria, atuando por via eletrônica e remota, assim como instituições de assistência jurídica, como a Defensoria Pública.

Feitas as considerações, deve-se analisar a perspectiva nacional sobre o acesso à internet. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), na pesquisa “Tecnologia da Informação e Comunicação – TIC” de 2018, identificou que cerca de 20% da população brasileira vive em residências sem nenhum uso à internet, cujas razões se dividem entre: o alto valor dos serviços dos provedores de internet; a falta de interesse em utilizá-la; falta de educação digital; indisponibilidade do serviço na área ou altos valores de equipamentos eletrônicos (IBGE, 2018). Nas regiões Norte e Nordeste, a porcentagem chega a cerca de 40%, demonstrando a desigualdade dentro da estrutura federativa e geográfica brasileira (IBGE, 2018).

⁷ O instituto Datafolha realizou em 2020 uma pesquisa encomendada pela Fundação Lemann sobre o acesso à educação durante a pandemia no Brasil, na qual concluiu que 74% dos alunos da rede pública recebem atividades não presenciais e 23% dos estudantes não conseguem realizá-las pela dificuldade de acesso à internet (FUNDAÇÃO LEMANN, 2020).

Portanto, a inclusão digital infere um acesso mais igualitários a direitos sociais e uma possível aproximação do Brasil da consecução das metas previstas na Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil se insere dentro da categoria de países de modernidade periférica, nesse sentido, seu processo de modernidade é marcado pela falta dos pressupostos e os elementos racionais que geram o processo em questão, sendo os resultados finais importados dos Estados centrais, na maioria das vezes sem qualquer preocupação com as peculiaridades estatais. Isto envolve a incorporação de valores e direitos sem que se tenha tido tempo e oportunidade para o desenvolvimento de uma fundamentação teórica, esse “pulo de etapas” afetando a consecução destes direitos, uma vez que não se encontram sustentados por demandas e movimentações sociais.

Adicionalmente, a legalização e a constitucionalização de direitos fundamentais ocorreram por meio de um Estado paternalista, sendo a população segregada do processo de debates e conquistas. Diante de todo esse cenário, não é de surpreender que, o afastamento dos cidadãos de todos estes processos, resulte em uma cidadania inconclusa, incompleta e, muitas vezes, insuficiente.

Ressalta-se que os direitos sociais são considerados direitos de segunda dimensão, oriundos dos movimentos sociais e trabalhistas contra os males de um liberalismo exacerbado, em prol de uma atuação mais positiva por parte do Estado como garantidor e promotor de direitos sociais e coletivos.

Neste passo, a própria base axiológica de tais direitos sociais e coletivos se mostra incompatível com o modelo de neoliberalismo que tem sido gradualmente adotado pelo Brasil, especialmente a partir de emendas constitucionais, leis e medidas provisórias. Contudo, o país necessita da promoção de direitos sociais, mediante políticas públicas, para viabilizar a justiça social e a igualdade material, visto ser marcado por uma grave desigualdade social.

Dentro de todo este panorama, ainda é preciso considerar que, dentro da sociedade da informação, a efetividade plena de direitos sociais depende também da concretização do direito de acesso à internet e da inclusão digital. Esta necessidade foi intensificada com a pandemia do COVID-19, que acelerou o processo de virtualização das esferas da vida, na medida em que impõe a necessidade de um distanciamento social que levou diversas atividades cotidianas para ambientes digitais, tais como a educação remota, a telemedicina e mesmo o acesso a serviços públicos.

Neste trabalho, o foco foi compreender como todos esses fatores se inter-relacionam na realidade brasileira e quais as obrigações e possibilidades deste para a promoção dos direitos sociais e coletivos, especialmente dentro da ideia de Desenvolvimento Sustentável desenvolvida na Agenda 2030 das Nações Unidas.

Não se vislumbra outro caminho para isso que não seja a intervenção do Estado brasileiro nas ordens social e econômica a fim de trabalhar pela implementação universal do direito de acesso à internet, o que, conseqüentemente, reverberará positivamente sobre a efetivação dos demais direitos sociais e coletivos.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. Home office foi adotado por 46% das empresas durante a pandemia. **Agência Brasil**, 28 de jul. de 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-07/home-office-foi-adotado-por-46-das-empresas-durante-pandemia>>. Acesso em: 31 de out. de 2020.

AGÊNCIA BRASIL. Brasil tem 4,8 milhões de crianças e adolescentes sem internet em casa. **Agência Brasil**, 17 de mai. de 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2020-05/brasil-tem-48-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-sem-internet-em-casa>>. Acesso em: 31 de out. de 2020.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro. **Entrelinhas**: percursos da Nova República. Londrina: Engenho das Letras, 2019.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma gerencial do Estado de 1995. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 34, pp. 7-26, jul./ago. de 2000.

CAETANO, Rosângela et al. Desafios e oportunidades para telessaúde em tempos da pandemia pela COVID-19: uma reflexão sobre os espaços e iniciativas no contexto brasileiro.

Cadernos de Saúde Pública, v. 36, n.5, Rio de Janeiro, mai. de 2020. Disponível em:<<http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/1069/desafios-e-oportunidades-para-telessaude-em-tempos-da-pandemia-pela-covid-19-uma-reflexao-sobre-os-espacos-e-iniciativas-no-contexto-brasileiro>>. Acesso em: 31 de out. de 2020.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil** – o longo caminho. 7ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução n. 345, de 9 de outubro de 2020**. Dispõe sobre o “Juízo 100% Digital” e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original175500202010145f873b7482503.pdf>>. Acesso em: 31 de out. de 2020.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. São Paulo, Globo, 2012.

FERNÁNDEZ-ÁLVAREZ, Antón Lois. Estado de bem-estar, instituições públicas e justiça social. **Revista Estudos Institucionais**, v. 4, n. 2, p. 884-904, 2018.

FUNDAÇÃO LEMANN. Educação não presencial: 74% dos alunos recebem atividades. **Fundação Lemann**. Disponível em: <https://fundacaolemann.org.br/materiais/educacao-nao-presencial-74-dos-alunos-recebem-atividades?gclid=CjoKCQjw6uT4BRD5ARIsADwJQ1-VZQ_Li-EwUa6mxkEpQzObvSQt2-tTIZX7TalQzBqqb4G_cze1LqsaAjiuEALw_wcB>. Acesso em: 31 de outubro de 2020.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Ocidente dividido: pequenos escritos políticos**. São Paulo: Editora UNESP, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Rio de Janeiro, José Olympio, 1994.

IBGE. **Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2018**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101705_informativo.pdf>. Acesso em: 31 de out. de 2020.

MATTA, Roberto da. **Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro**. Rio de Janeiro, Rocco, 1997.

SCHWARCZ, Lília Moritz; STARLING, Heloísa Murgel. **Brasil: uma biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

STIGLITZ, Joseph. **A Globalização e seus malefícios**. São Paulo: Futura, 2002.

SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica**. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2006.

SOUZA, Jessé. **A guerra contra o Brasil**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2020.

SOUZA, Venceslau Alves de. Direitos no Brasil: necessidade de um choque de cidadania. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, n. 27, p. 211-214, novembro, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782006000200016&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 31 de out. de 2020.

STRANGE, Susan. **The retreat of the State: the diffusion of Power in the world economy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

TAKASHI, Takeo. **Sociedade da informação do Brasil: livro verde**. Brasília: Ministério da Ciência e da Tecnologia, 2000.

TAVOLARO, Sergio B. F. Existe uma modernidade brasileira? Reflexões em torno de um dilema sociológico brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 20, n. 59, pp. 5-22, 2005.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

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

OS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A TRIBUTAÇÃO

VINICIUS DE OLIVEIRA BARCELLOS
RAQUEL VON HOHENDORFF
MARCIANO BUFFON

OS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A TRIBUTAÇÃO

THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS AND THE TAXATION

Recebido: 26/03/2019

Aprovado: 01/01/2023

Vinicius de Oliveira Barcellos¹

Raquel von Hohendorff²

Marciano Buffon³

RESUMO:

O presente artigo tem como tema a tributação e a Agenda 2030. Buscar-se-á verificar de que forma a tributação poderá contribuir para a concretização dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Para tanto, adotar-se-á o método hermenêutico fenomenológico. Assim, primeiramente, analisar-se-á no que consiste tais objetivos e qual a sua importância; em seguida, a capacidade de atuação da tributação na busca de fins além da mera arrecadação e por fim, será feita a conexão entre ambos, através de sugestões para a atuação da tributação na concretização da agenda. Conclui-se, então, que a tributação será um instrumento essencial na busca por tais objetivos, servindo como financiamento, tanto quanto como instrumento direto neste desafio.

Palavras-chave: Agenda 2030. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Tributação. Desenvolvimento. Sustentabilidade.

ABSTRACT:

This article subject is the taxation and the 2030 Agenda. It aims at to verifying how taxation can contribute to the achievement of the Sustainable Development Goals. For that, the hermeneutic phenomenological method will be adopted. For this purpose, firstly, it will analyze what these goals consist of and what is their importance; then, the taxation ability to perform in the search for goals beyond the mere collection and, finally, it will be made the connection between them both, through suggestions for the performance of taxation in the implementation of the agenda. It is concluded, then, that taxation will be an essential instrument in the search for such goals, serving as funding as much as a direct instrument in this challenge.

Keywords: 2030 Agenda. Sustainable Development Goals. Taxation. Development. Sustainability.

Journal of Economic Literature (JEL) Classification: H230; K320; K340.

¹ Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos-UNISINOS. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos-UNISINOS (São Leopoldo-RS, Brasil). Servidor público estadual. E-mail: vobarcellos@gmail.com

² Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Público e da graduação na Universidade do Vale do Rio dos Sinos-UNISINOS (São Leopoldo-RS, Brasil). Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos-UNISINOS. Advogada. Conselheira da OAB Subseção São Leopoldo. E-mail: vetraq@gmail.com

³ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Público e da graduação na Universidade do Vale do Rio dos Sinos-UNISINOS (São Leopoldo-RS, Brasil). Pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilha - ES. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos-UNISINOS. Advogado na área tributária. E-mail: marciano@buffonefurlan.com.br

1. INTRODUÇÃO

Em 2015, o Brasil, junto com demais países do mundo firmou um pacto para o desenvolvimento sustentável, fixando objetivos e metas a serem cumpridos até o ano de 2030. Ao total foram 17 objetivos⁴ e 169 metas assumidas pelo governo brasileiro junto à comunidade mundial, buscando resolver aqueles que são os problemas mais alarmantes do país e do mundo neste momento.

De igual forma, sabe-se que o exercício do poder de tributar pelo Estado é um mecanismo que possui funções além da mera arrecadação de recursos, sendo importante aliado estatal no alcance de metas definidas pela sociedade. Assim, num Estado Constitucional baseado na fiscalidade, não mais é importante atentar apenas para o quantum arrecado pelo Estado em impostos, mas a forma como este o faz, para que garanta o cumprimento dos objetivos da sociedade.

Feitas as presentes considerações, fixa-se como problema objeto do presente artigo o seguinte: considerando os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil quanto ao cumprimento dos objetivos e metas fixados pela Agenda 2030, qual o papel da tributação e quais os meios que esta possui para colaborar nesta empreitada. Em outras palavras, é possível que a tributação sirva para atingir ou, ao menos, auxiliar na concretização de tais objetivos? Há mecanismos fiscais e/ou extrafiscais em consonância com o sistema constitucional brasileiro que colaborem para o cumprimento de tais metas?

Como hipótese inicial para o presente problema é possível vislumbrar um papel para a tributação auxiliar a concretização de tais objetivos, ainda que esta não seja capaz de, exclusivamente, concretizá-los. A tributação no Estado Fiscal será um instrumento importante, sendo necessário perceber os reflexos que está produz, além da mera arrecadação tributária, seja na fiscalidade ou, principalmente, na extrafiscalidade. Assim, é possível também, quanto a hipótese inicial, afirmar que os mecanismos tributários existentes hoje na Constituição, se aplicados devidamente, são extremamente capazes de colaborar para a concretização de algumas das metas da Agenda 2030.

O principal objetivo do presente artigo será o de identificar os pontos em que a tributação possa ter um papel eficaz na concretização das metas estabelecidas na Agenda 2030. Para tal, analisar-se-á no que consiste a Agenda 2030, suas principais características e a sua importância dentro de um projeto mundial. Em sequência, formar-se-á pré-conceitos autênticos sobre o papel da tributação no Estado Democrático de Direito, analisando a sua capacidade de influenciar no cotidiano, sendo mecanismo eficaz a ser utilizado pelo Estado na concretização de seus objetivos. Por fim, verificar-se-á a possibilidade de a tributação auxiliar na concretização de metas específicas, mediante técnicas tributárias já existentes ou que sejam compatíveis com a Constituição e que, acaso implementadas, servirão de meios de concretização das metas.

A justificativa para o presente trabalho encontra-se justamente no acordo internacional realizado pelo Brasil com os demais países membros das Nações Unidas, de modo que deve o governo empregar todos os seus esforços na concretização de tais objetivos. Além disto, mesmo que não houvesse firmado tal compromisso, os objetivos expressam aquilo que está já presente, explícita ou implicitamente, na Constituição, devendo ser um dos objetivos do Estado Democrático de Direito, que no atual estágio da vida em sociedade possui um papel ativo, de transformar a realidade em que está inserido. Assim, comprovado que a tributação pode ser um mecanismo útil na concretização de tais objetivos, necessário se faz a análise de como isto se dará, buscando alternativas para auxiliar no cumprimento da Agenda 2030. Obviamente o presente trabalho, até pela sua breve extensão, não tem a intenção de esgotar a matéria, mas

⁴ A lista completa dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável encontra-se anexa ao presente texto.

apenas de lançar luzes quanto a um assunto tão importante, que, se levado a sério, poderá mudar a vida de milhares de brasileiros, garantindo-lhes o mínimo para uma vida digna.

2. A AGENDA 2030 E OS OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: QUAL A MISSÃO DO BRASIL E DO MUNDO PARA OS PRÓXIMOS ANOS?

A sustentabilidade é, provavelmente, o grande objetivo do século XXI. O mundo está à beira de um colapso natural, uma vez que a utilização dos recursos já ultrapassou a capacidade do mundo de reproduzi-los. Enquanto na década de 1970 os recursos naturais eram suficientes e esgotavam ao final do ano, em 2018 consumimos aquilo que o mundo é capaz de produzir em apenas sete meses. O “Dia de sobrecarga da Terra”, no ano de 2018, foi em 1º de agosto, sendo que aquilo que for consumido após tal data, superará a capacidade natural de renovação de recursos do planeta. (EARTH, 2019?). Se permanecer o avanço neste ritmo, em poucas décadas necessitar-se-á de um planeta Terra extra para suprir o consumo de todos.

Os problemas decorrentes do atual modo de vida e produção são tamanhos que alçam a sustentabilidade ao patamar de “dever ético”, uma vez que o bem-estar dos que no presente vivem não pode comprometer a capacidade dos que virão de ter uma vida boa. Em simples palavras, a atual geração não está autorizada a consumir todos os recursos existentes, deixando a deriva as gerações vindouras. Deve-se, desde já, desenvolver formas de garantir o bem-estar da nossa e das futuras gerações. (FREITAS, 2019, p. 15).

No mesmo caminho, têm-se como problemas da atualidade a pobreza extrema e a desigualdade. No mundo ainda existem 836 milhões de pessoas que vivem na pobreza extrema, concentrados especialmente nos países do sul da Ásia e a África Subsaariana. (NAÇÕES UNIDAS, 2019). Ao mesmo tempo, apenas 8 oito homens detém o total de riqueza da metade mais pobre da população, enquanto o 1% mais rico detém mais riqueza que a soma de todo o resto. (OXFAM, 2017). Dados como este servem para alertar que há ainda uma grande parcela da população mundial que não possui acesso ao mínimo para uma vida digna.

As lutas políticas, em nível global, contra os principais problemas do começam na transição para o terceiro milênio. A ONU preocupada com a falta de participação dos países centrais no desenvolvimento dos países periféricos, lança os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), um conjunto de oito (8) objetivos para o desenvolvimento, a serem atingidos até o ano de 2015. Os ODM's foram importantes por formar o primeiro arcabouço de metas quantitativas, com prazos estabelecidos para o cumprimento, em busca do desenvolvimento humano. Contudo, na prática, muitos de seus resultados não foram alcançados, restringindo o sucesso dos ODM's a esfera política, por alçar a ONU a um novo papel no cenário mundial. (CARVALHO; BARCELLOS, 2014).

Dentro deste cenário, as Nações Unidas, ao fim do prazo de implementação dos Objetivos do Milênio, por seus representantes e Chefes de Estado e de Governo, estabelecem uma nova agenda, para vigorar pelos próximos quinze anos: a Agenda 2030. Nela estão presentes dezessete (17) Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), subdivididos em cento e sessenta e nove (169) metas concretas, aos quais os países signatários se comprometem a empregar esforços para a sua concretização. Assim fixa o preâmbulo do documento:

Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e 169 metas que estamos anunciando hoje demonstram a escala e a ambição desta nova Agenda universal. Eles se constroem sobre o legado dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio e concluirão o que estes não conseguiram alcançar. Eles buscam concretizar os direitos humanos de todos e alcançar a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres e meninas. Eles são integrados e

indivisíveis, e equilibram as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental. (NAÇÕES UNIDAS, 2015).

As buscas pelos objetivos e metas passam por aquelas áreas que foram elencadas como cruciais para o desenvolvimento sustentável nos próximos anos: Pessoas, Planeta, Prosperidade, Paz e Parceria. Será no entorno deste conjunto de cinco P's que se movimentará os objetivos e metas. O primeiro, pessoas, estará diretamente ligado aos objetivos de combate a pobreza e a fome, numa busca pela vida digna e igual. O segundo "P", planeta, tratará da preservação ambiental e da proteção do nosso planeta frente ao avanço do aquecimento global. O "P" de prosperidade exigirá um desenvolvimento sustentável, no qual sejam respeitadas as dimensões social, ambiental e econômica. A Paz atuará como requisito e como resultado para o desenvolvimento sustentável, com o objetivo de permitir uma vida sem medo e violência. O último, Parceria, está relacionado a necessidade de esforços mundiais em prol dos objetivos, num espírito solidário, com ampla participação de todos os interessados na promoção do desenvolvimento sustentável. (NAÇÕES UNIDAS, 2015).

O preâmbulo do documento evidencia um aspecto extremamente importante dos ODS's: a sua preocupação com o desenvolvimento na sua completude. Segundo Sachs (2008, p. 36), o desenvolvimento sustentável está baseado na ideia de solidariedade entre as gerações presentes e futuras, possuindo três critérios para a sua concretização: a sustentabilidade social, ambiental e a viabilidade econômica. Só estaremos realmente diante de um desenvolvimento quando observados os três critérios, não bastando que se atenda parcialmente eles. No mesmo sentido, Freitas (2019, p. 116), vai ressaltar que a Agenda 2030 não possui um foco estrito na questão ambiental, ainda que este seja um de seus objetivos mais urgentes em razão do avanço do aquecimento global, mas se trata de uma "opção filosófica pelo modo de viver capaz de produzir bem-estar, material e imaterial, a longo prazo".

O conceito de desenvolvimento não pode mais estar relacionado a respostas fáceis. As noções que simplesmente o vinculam com a ideia de crescimento econômico, facilmente mensurável através de indicadores tradicionais, tais como Produto Interno Bruto (PIB), como se riqueza fosse a única necessidade humana; ou, aquelas que tratam o desenvolvimento como uma ilusão, mito, manipulação ideológica, etc., como se não fosse esse um problema digno de estudo. Ou seja, não há mais como restringir o desenvolvimento a pecha de "desenvolvimento econômico", por tratar de forma insuficiente o conceito. (VEIGA, 2010, p. 17-18).

O conceito de crescimento econômico vai integrar o de desenvolvimento. Contudo, este possui um plus, não podendo tratar tais conceitos como sinônimos. O crescimento econômico também não será o objetivo do desenvolvimento. Este trará consigo a promessa de uma modernidade inclusiva fruto de mudanças estruturais, na busca por uma vida melhor, com felicidade e mais completa para todos. (SACHS, 2008, p. 13). O salto que o desenvolvimento exige não é quantitativo, mas sim qualitativo. (VEIGA, 2010, p. 56).

De tal forma, através desta concepção de desenvolvimento que agrega outras funções, sendo distinta do mero acréscimo de riqueza, não há como se falar em incompatibilidade entre os conceitos de desenvolvimento e sustentabilidade. Esta será uma condicionante daquele. Ela irá redefini-lo, não o impossibilitar. (FREITAS, 2019, p. 117). Ao agregar a noção de sustentabilidade, o desenvolvimento – agora sustentável – amplia a sua fundamentação, incluindo uma perspectiva de solidariedade sincrônica e diacrônica, ou seja, uma preocupação com o presente e o futuro. (SACHS, 2008, p. 15).

A concretização dos ODS's exigirá uma atuação transdisciplinar, através da integração de vários mundos e ciências. (MARTINI; WALDMAN, 2018, p. 205). A diversidade dos objetivos, que buscam atacar os problemas sociais em várias frentes, exige que as soluções sejam pensadas também por caminhos novos, não se restringindo apenas as formulas prontas. O pensamento

setorizado, de cada uma das grandes disciplinas será insuficiente para atingir os objetivos, ainda mais em sociedades complexas, num mundo que está em Metamorfose, que exigirá uma reinvenção das instituições. (BECK, 2018).

O desenvolvimento não é algo imediato, não é algo que possa ser posto a qualquer momento, nem algo que se atinja do dia para a noite. O desenvolvimento é um processo. Este exigirá criatividade, no qual todo apoio será importante. (VEIGA, 2010, p. 55). Os objetivos não serão atingidos de imediato, não serão simples. A Agenda 2030, se não receber a devida atenção, tende a falhar significativamente nos seus resultados, de modo semelhante ao que ocorreu com os ODM's, que foram um sucesso apenas no campo político. Mas mesmo que ao final do processo seja necessário elaborar uma Agenda 2045, repetindo várias das metas que já constam neste documento, os ODS's já terão cumprido ao menos o papel de manter uma pauta capaz de unir esforços mundiais na sua concretização. Os beneficiários do desenvolvimento sustentável serão as próprias pessoas, contudo, elas também devem ter participação ativa na busca de tais metas. (VEIGA, 2010, p. 85).

Os ODS's serão o Norte que as nações tomarão nos próximos anos, buscando atingir de forma eficaz as metas previstas. A própria Agenda 2030 reconhece que se trata de um programa ambicioso, principalmente por abarcar inúmeros países e possuir um número extenso de metas a serem cumpridas. Contudo, nem por isso se pode negar a possibilidade de alcance de tais objetivos. Cabe a cada país, dentro do seu âmbito de atuação, estabelecer políticas públicas para a promoção e alcance de tais metas, reconhecendo as suas peculiaridades. (NAÇÕES UNIDAS, 2015).

Será necessário que, até 2030, o Brasil busque mecanismos estatais e não-estatais para que os objetivos sejam alcançados. Aliás, cabe ressaltar que há uma nítida semelhança dos ODS's com os estampados no nosso texto constitucional, especialmente no seu preâmbulo e nos objetivos fixados para a República Federativa do Brasil. O povo brasileiro, desde 1988, já possui como meta a redução da pobreza e das desigualdades, devendo o desenvolvimento econômico estar em conformidade com a proteção do meio ambiente. A Constituição, desde o texto oriundo do poder constituinte originário, já nos traz alguns destes objetivos.

Mas então, qual a necessidade de o país ser signatário e buscar as metas da Agenda 2030? Ora, é importante que reafirmar tais compromissos diante no cenário internacional, sendo tal programa das Nações Unidas salutar na fixação de objetivos específicos para a busca de um desenvolvimento sustentável. A pactuação do Brasil com tais objetivos serve para reavivar os preceitos constitucionais e dar novo fôlego a este dever ético, que muitas vezes é esquecido no cotidiano da população. A sustentabilidade não pode ser uma pauta efêmera, mas sim um objetivo perene, que atravessa os tempos, atuando numa espécie de utopia útil, que serve para movimentar o mundo em torno de um objetivo comum.

Diante deste cenário, cabe analisar o papel da tributação no século XXI e de como ela é capaz (ou não) de atuar como um dos mecanismos para a concretização dos ODS's.

3. A TRIBUTAÇÃO NO SÉCULO XXI: O PORQUE OS TRIBUTOS NÃO SÃO MAIS MERA ARRECADAÇÃO E PODEM INFLUENCIAR DIRETAMENTE NAS CONDUTAS HUMANAS

A tributação é algo corriqueiro na vida humana. Desde as primeiras civilizações havia a imposição de tributos, embora com as mais variadas finalidades. Com o passar dos séculos, a noção de tributo sofisticou-se, agregando novas peculiaridades àquela que certamente é uma das obrigações que mais gera controvérsias no meio social. A tributação no século XXI não é mais a mesma de quando foram realizadas as primeiras arrecadações, daquela que inspirou

os primeiros documentos jurídicos na busca por Direitos. A tributação não se restringe a um meio de angariar recursos para aplicar no bem comum da comunidade. Ela ultrapassa a mera arrecadação, ela permite-se, no seu atual estágio, a busca de objetivos além dos financeiros.

Este será o ponto de partida: a tributação não serve apenas como mecanismo de arrecadação de recursos, podendo perseguir fins outros que este, desde que constitucionalmente justificados. Mas quais os fundamentos para que a tributação abandone aquele que foi o seu principal papel na humanidade e passe a perseguir fins diversos? Eis o que se pretende demonstrar a seguir.

A tributação, caracteristicamente, não constitui um objetivo em si, mas sim um meio, pelo qual o Estado irá angariar fundos para a concretização de seus objetivos. Assim, os indivíduos são convocados a contribuir com parte do seu rendimento ou patrimônio para colaborar com os fins comuns, sendo, nas palavras de Nabais (2009, p. 185), “um contribuinte indispensável a uma vida em comum e próspera de todos os membros da comunidade organizada em estado”.

A tributação será um critério para definição do ideal de justiça e de como uma sociedade define a distribuição de seus bens. (MURPHY; NAGEL, 2005, p. 223). Isso torna-se ainda mais importante nos Estados Fiscais, os quais tem o seu financiamento baseado principalmente no recolhimento de impostos. (TORRES, 1991, p. 97). Neste modelo estatal, o estatuto constitucional do indivíduo é composto tanto por direitos fundamentais, quanto por deveres fundamentais, sendo estes os custos a serem suportados pelos indivíduos pela vida em sociedade. (NABAIS, 2007, p. 175).

A percepção dos direitos fundamentais de forma isolada aos deveres fundamentais gera uma distorção, pois ignora a existência de uma responsabilidade comunitária dos cidadãos. O indivíduo não possui seu núcleo composto apenas de direitos, mas também de deveres para consigo, seus familiares, sociedade e aqueles que ainda estão por vir. (BRAUN, 2017, p.11).

Assim, o tributo será um “pressuposto funcional” do Estado Democrático de Direito, diante da necessária arrecadação de recursos para o financiamento de políticas públicas, a fim de concretizar as promessas constitucionais. (BUFFON; MATOS, 2015, p. 142). A mesma necessidade se dará para a concretização dos ODS's, uma vez que muitas das metas previstas dependem de políticas que importarão em gastos aos Estados. (NAÇÕES UNIDAS, 2015). Aliás, é função estatal a harmonização para o desenvolvimento sustentável entre as suas três dimensões: social, ambiental e econômica. (SACHS, 2008, p. 11). A tributação será, então, um mecanismo indispensável para a concretização dos ODS's, servindo como meio de financiamento das políticas públicas em prol deles.

Contudo, a tributação no Estado Democrático de Direito não serve apenas para a arrecadação de recursos para o financiamento de políticas públicas. Desde o advento do Estado Social, os impostos adquiriram funções além da mera fiscalidade, ou seja, passaram eles a serem instrumentos para atingir fins outros que a mera arrecadação financeira. Através de tributos progressivos, passou-se a buscar a igualdade material através da tributação, em razão destes possuírem nítido caráter redistributivo. (CARDOSO, 2014, p. 129).

Os tributos, então, tornam-se deveres fundamentais dos indivíduos, que estão fundamentados na finalidade estatal de proteção da dignidade da pessoa humana. (NABAIS, 2007, p. 170). O dever fundamental de pagar tributos integrará o Estatuto Constitucional do Indivíduo, junto com os direitos, ligado diretamente a ideia de cidadania, sendo o preço pelo direito de liberdade, na qual todos serão chamados a colaborar na medida de sua capacidade contributiva. (NABAIS, 2007, p. 190-191).

Essa alteração do papel da tributação se deve ao advento do Estado Social, uma vez que passa tal dever, assim como toda a atividade estatal, a incluir um fundamento ético ou moral para sua justificação: a solidariedade. Tal elemento não estava presente no Absolutismo e no

Liberalismo, baseando-se a tributação na imposição da autoridade soberana para financiar o Estado. (CARDOSO, 2014, p. 163-164). A solidariedade vai atuar como fator de conciliação da heterogeneidade das vidas nas sociedades contemporâneas, sendo consagrada pelo Estado Democrático de Direito. (CONTIPELLI, 2010, p. 11). A solidariedade irá impor que a atuação estatal não beneficie somente algum dos indivíduos, devendo buscar o bem comum. Contudo, isso não será uma obrigação apenas do Estado, mas de toda a sociedade. Isto, pois, o financiamento do Estado Fiscal se dará através de tributos não-vinculados a uma atuação estatal específica, exigidos do cidadão apenas em razão do seu pertencimento à sociedade. Assim, estará inclusa na ideia de Estado Fiscal a solidariedade, pois acarretará num dever solidário de contribuir para a manutenção e o desenvolvimento da sociedade.

Os deveres fundamentais estão presentes numa ideia de que o homem não é mais indivíduo isolado ou solitário, mas sim um indivíduo que possui uma liberdade limitada pelas suas responsabilidades. Assim, abandona-se a concepção de que os direitos fundamentais individuais são limitados unicamente pela liberdade dos outros - famoso jargão de que “a minha liberdade vai até a liberdade do próximo”. Os limites à liberdade agora estão também assentados “nas justas exigências da moral, da ordem pública e do bem estar numa sociedade democrática”. (NABAIS, 2009, p. 30-31).

A solidariedade nos tributos poderá se dar de duas formas: (a) pela fiscalidade ou (b) pela extrafiscalidade. A primeira (a) será nos casos os quais o fim do tributo será fornecer recursos financeiros para que o Estado persiga os seus objetivos. A segunda (b) se caracterizará quando os fins do tributo não forem arrecadatórios, sendo utilizado este para a perseguição de fins outros a captação de recursos. Isto se dará uma vez que os tributos estão aptos a fomentar práticas e comportamentos na sociedade, inclusive incluindo questões consequenciais que envolvam impactos sociais, ambientais e econômicos de longo prazo. (TOMKOWSKI, 2017, p. 100).

Embora haja tal distinção, na prática, não há uma percepção tão clara. Os tributos sempre significarão algum tipo de intervenção na autonomia individual, induzindo (ou não) determinados comportamentos dos contribuintes. Assim, não há como se falar em tributos puramente fiscais ou puramente extrafiscais, uma vez que mesmo na fiscalidade, sempre haverá alguma margem de extrafiscalidade na imposição tributária, bem como os tributos predominantemente extrafiscais irão, ao fim e ao cabo, arrecadar algum valor financeiro.

Enquanto na fiscalidade os tributos estarão justificados se cobrados de acordo com a capacidade contributiva do cidadão, na extrafiscalidade a fundamentação do tributo estará diretamente relacionada ao fim pelo qual foi instrumentalizado (NABAIS, 2009, p. 246), devendo este estar em consonância com os objetivos constitucionais, sob pena de ser ilegítimo. A extrafiscalidade também pode se manifestar através das desonerações fiscais ou benefícios fiscais, no qual o Estado deixa de arrecadar os tributos em determinado caso como mecanismo a (des)incentivar algum comportamento. (COSTA, 2012, p. 156).

De tal forma, o Estado terá na tributação um forte instrumento na busca de seus objetivos. Isto poderá se dar através da arrecadação dos recursos necessários para o financiamento das políticas públicas – fiscalidade – ou através do próprio tributo que influenciará o comportamento do contribuinte – extrafiscalidade. Ambos os mecanismos são extremamente importantes para a busca da concretização dos ODS's, uma vez que podem atuar de diversas maneiras para colaborar com essa tarefa.

Contudo, é importante destacar que mesmo nos casos em que se buscará atingir outros fins além da arrecadação, os tributos estão formal e materialmente limitados. Ou seja, embora haja fins justificáveis, não pode o Estado impor tributos de forma arbitrária sob o argumento de que se trata de instrumento para a concretização dos ODS's. Os tributos são um poder do Estado, entretanto, sempre de forma limitada, para que haja a devida observância dos direitos

fundamentais. Assim, buscar-se-á, na sequência, analisar pontualmente alguns dos objetivos e metas fixados na Agenda 2030, para verificar como a tributação poderia auxiliar na sua concretização, seja através da fiscalidade ou da extrafiscalidade.

4. A TRIBUTAÇÃO E A CONCRETIZAÇÃO DAS METAS: POSSÍVEIS ARRANJOS PARA CONCRETIZAÇÃO DOS OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O Brasil comprometeu-se a buscar as metas dos ODS's até 2030. As metas são ousadas e tocam em vários pontos sensíveis para a vida humana nas próximas décadas. Várias serão as políticas públicas que deverão ser implementadas nos próximos anos para que atinja o desenvolvimento sustentável nas suas três dimensões – social, ambiental e econômica.

Como foi visto, a tributação será um elemento indispensável para alcançar os resultados esperados, seja através da fiscalidade, com a arrecadação dos recursos necessários para o financiamento das políticas públicas que visam atingir os ODS's, seja através da extrafiscalidade, quando o próprio tributo será instrumento na busca dos ODS's, incentivando ou desincentivando determinados comportamentos. Convém ressaltar que mesmo tributos com fins predominantemente fiscais poderão perseguir os ODS's através do seu caráter extrafiscal, sendo capaz de atuar diretamente no comportamento humano.

Serão estudadas apenas algumas metas, com intuito de apresentar possíveis arranjos nos quais a tributação exerceria um papel interessante na colaboração para o cumprimento dos ODS's. Assim, as metas serão separadas entre aquelas em que há uma prevalência da dimensão social e aquelas as quais a prevalência será ambiental, sendo a econômica presente em ambas. Não se desconhece que somente se poderá falar em desenvolvimento, especialmente o sustentável, com a observância de todas as dimensões. O desenvolvimento é indivisível, estando as suas dimensões entrelaçadas. A distinção terá fins apenas metodológicos, uma vez que torna mais clara a atuação dos tributos, permitindo o agrupamento das metas nas quais a tributação atuará de forma semelhante.

4.1 OBJETIVOS DE DIMENSÃO PREDOMINANTEMENTE SOCIAL

Nos objetivos em que predomina o aspecto social, o principal impacto produzido pela tributação será através da fiscalidade. Ou seja, arrecadar recursos para que seja possível financiar as políticas públicas necessárias ao seu alcance. Isso resta evidente com a Meta 1.A, a qual prevê a necessidade de uma mobilização significativa de recursos para implementação de políticas voltadas para o combate à pobreza. (NAÇÕES UNIDAS, 2015).

Assim, os Objetivos 1 e 2 dependerão para o seu cumprimento da arrecadação de tributos. Primeiramente, importante ressaltar que a tributação atuará no seu sentido mais básico, o da fiscalidade e da arrecadação de tributos para financiar políticas públicas que atuem na concretização de tais objetivos. Principalmente, pois, quando aborda o item da pobreza, a Agenda 2030 não está preocupada apenas com a pobreza monetária, ou seja, a falta de dinheiro, mas também com a pobreza não-monetária, que consiste na falta de acesso da parcela da população mais pobre aos serviços públicos necessários a uma vida digna. Além de políticas públicas que gerem renda a essa parcela da população, possibilitando a saída da pobreza, é necessário investir recursos públicos em serviços essenciais que alcancem essa parcela da população.

Contudo, não só através dos recursos arrecadados que a tributação pode colaborar. Uma tributação que pretenda respeitar a capacidade contributiva deve resguardar o mínimo existencial, ou seja, aquela parcela de recursos essenciais para a sobrevivência com dignidade. Assim, necessário que a tributação da renda não atinja tais recursos e, ainda mais importante, que não haja a tributação de alimentos e produtos básicos, a fim de que haja uma redução do seu custo e possibilite que as pessoas de baixa renda tenham acesso a tais produtos com maior facilidade. Isto, pois, mesmo que não haja tributação da renda para os muito pobres, o fato de haver uma forte carga tributária incidente sobre o consumo, faz com que boa parte dos recursos que estes possuem sejam canalizados para as contas estatais, corroendo boa parte de seus rendimentos.

Especificadamente quanto a meta 2.3,⁵ que trata da produtividade agrícola das pequenas propriedades, agricultura familiar e minorias, há a possibilidade de atuação de duas formas. A primeira, mediante o Imposto Territorial Rural, mantendo a não-incidência sobre as pequenas propriedades e a progressividade com fins de incentivar o uso adequado do solo, conforme previsto na Constituição Federal, no seu artigo 153, parágrafo 4º, incisos I e II. A segunda é pela extrafiscalidade, adotando políticas tributárias tanto para beneficiar os produtores familiares quanto para onerar os grandes produtores. Neste ponto, pode ser interessante um benefício fiscal que favoreça os pequenos produtores de alimentos orgânicos, uma vez que além de fortalecer a agricultura familiar, a produção livre de agrotóxicos diminui a poluição do solo e das águas.

O objetivo 7, relacionado ao acesso à energia para todos, sofre influência direta da tributação excessiva sobre a energia elétrica. No Estado do Rio Grande do Sul, a alíquota nominal do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) é de 30%. Levando em consideração a fórmula de cálculo, que inclui o valor do ICMS na própria base de cálculo, a alíquota efetiva supera os 40%.

Além da flagrante inconstitucionalidade de tal alíquota, uma vez que tributa bem essencial para a vida digna das pessoas de forma extremamente onerosa, não aplicando a seletividade do ICMS, a redução das alíquotas teria o efeito de ampliar o acesso à energia elétrica, uma vez que reduziria o seu valor, aumentando a renda disponível para as pessoas mais pobres. No Estado do Rio Grande do Sul, embora não aplicada a seletividade de alíquotas, há uma redução da base de cálculo para as residências que consumam até 50 Kw mensais. Tal medida também pode ser interessante, ainda mais se ampliada a uma parcela mais significativa da população.

O objetivo 10 prega a redução das desigualdades sociais, dentro do país e entre eles. Aliás, tão sedimentada a possibilidade de atuação da tributação como instrumento de redução das desigualdades sociais que a própria Agenda 2030 preve este tipo de política para alcançar tal fim na meta 10.4.⁶ Assim, este, talvez, seja o ponto que, através de tributos de natureza predominantemente fiscal, possa-se encontrar os melhores instrumentos dentro da tributação. Aliar uma tributação altamente progressiva, que incida de forma uniforme sobre a renda proveniente do trabalho e do capital, bem como tributar de forma efetiva o patrimônio, pode ser a receita mais eficaz no combate as atuais desigualdades sociais, especialmente a diferença de riquezas. (STIGLITZ, 2013, p. 186 e 302). Justamente neste ponto que o nosso sistema tributário apresenta uma maior margem para mudanças que tenham como objetivo a redução das desigualdades, pois a forma como ele está posto atualmente atua em sentido contrário, aumentando as desigualdades.

5 Meta 2.3: Até 2030, dobrar a produtividade agrícola e a renda dos pequenos produtores de alimentos, particularmente das mulheres, povos indígenas, agricultores familiares, pastores e pescadores, inclusive por meio de acesso seguro e igual à terra, outros recursos produtivos e insumos, conhecimento, serviços financeiros, mercados e oportunidades de agregação de valor e de emprego não agrícola.
6 Meta 10.4: Adotar políticas, especialmente fiscal, salarial e de proteção social, e alcançar progressivamente uma maior igualdade

O sistema tributário é altamente regressivo, pois na tributação da renda a alíquota efetiva atinge o seu ápice naqueles que ganham até 40 salários mínimos, diminuindo nas camadas mais ricas (BRASIL, 2016); além disto, a tributação sobre o consumo corresponde a praticamente metade do total arrecadado, sendo sua principal característica a ineficácia ao averiguar a efetiva capacidade contributiva do cidadão, incidindo de igual forma sobre todos os consumidores; uma baixa tributação sobre o patrimônio, que corresponde a menos de 5% do total arrecadado. (BRASIL, 2018). Da forma como o sistema está organizado, ele serve de prêmio para os mais ricos, que arcam com uma carga tributária efetiva muito mais baixa que a população mais pobre. A correção destas distorções tributárias poderia servir para a redução das desigualdades sociais, fazendo com que os mais ricos tenham uma contribuição maior para os custos estatais, enquanto os mais pobres seriam desonerados, garantindo assim a igualdade material.

Quanto ao objetivo 11, relacionado ao desenvolvimento das cidades e dos centros urbanos, já há mecanismos fiscais no sistema constitucional pensados para este fim. As metas 11.1⁷ e 11.3⁸ irão exigir um desenvolvimento sustentável e adequado das cidades, ampliando o acesso a moradia digna com o fornecimento de serviços públicos básicos. Quanto a organização do espaço urbano, a Constituição Federal, posteriormente regulamentada pelo Estatuto das Cidades, criou diversos mecanismos aos municípios para tal desiderato. Entre eles está o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) progressivo no tempo, que permite ao ente municipal impor alíquotas maiores com o mero transcurso do tempo para aqueles imóveis que não cumpram a sua função social. Contudo, atualmente, entre os municípios com mais de 100 mil habitantes, apenas oito efetivamente utilizam tal instrumento. (BRASIL, 2015). Tal estatuto tem o potencial de transformar-se em instrumento fundamental de (re)organização da ocupação do espaço urbano, prestando-se a garantir o direito fundamental à moradia e a uma vida digna, devendo-se direcionar os esforços para a concretização de tal lei, evitando que se torne uma “obra de arte”, que, embora bela, é desprovida de eficácia, pois contraria importantes interesses econômicos.

Por fim, embora já mais conectado com a dimensão econômica, no que tange ao objetivo 17, especialmente a meta 17.1,⁹ um passo importante poderia ser dado através da simplificação do arcabouço tributário hoje existente no Brasil, tornando mais simples e menos onerosa a arrecadação de tributos. Em 2016, no Brasil, a carga tributária ficou em 32,38% do PIB, sendo que de acordo com o Banco Mundial (2018), o tempo anual gasto para a apuração e arrecadação de tributos foi de 1958 horas. Enquanto isto, na Dinamarca, que a carga tributária atinge 46,6% do PIB, o tempo gasto foi de apenas 130 horas.

4.2 OBJETIVOS DE DIMENSÃO PREDOMINANTEMENTE AMBIENTAIS

Se na dimensão social a tributação atuará principalmente através da fiscalidade e seus efeitos extrafiscais, na dimensão ambiental a principal atuação será a extrafiscal. Isto, pois, não deve o Estado basear a sua arrecadação em atividades extremamente reprováveis, devendo buscar, através da tributação, apenas desincentivar tais comportamentos. Assim, a legitimidade para a imposição tributária decorrerá não da capacidade econômica do cidadão

7 Meta 11.1: Até 2030, garantir o acesso de todos à habitação segura, adequada e a preço acessível, e aos serviços básicos e urbanizar as favelas;

8 Meta 11.3: Até 2030, aumentar a urbanização inclusiva e sustentável, e as capacidades para o planejamento e gestão de assentamentos humanos participativos, integrados e sustentáveis, em todos os países.

9 Meta 17.1: Fortalecer a mobilização de recursos internos, inclusive por meio do apoio internacional aos países em desenvolvimento, para melhorar a capacidade nacional para arrecadação de impostos e outras receitas

para contribuir, mas sim dos objetivos visados pela imposição tributária, que devem guardar consonância com a Constituição.

Cabe ressaltar que não se nega a possibilidade da criação de tributos, legitimados pelo princípio do poluidor-pagador, adotando-se o formato de contribuições sociais ou de intervenção no domínio econômico, para atender os fins ambientais, através dos quais poder-se-ia arrecadar recursos para financiar políticas nesta área. Seria esta uma possibilidade, contudo, provavelmente ineficaz. Neste campo, a extrafiscalidade poderá ter uma atuação mais positiva do que a mera fiscalidade, motivo pelo qual não se discorre sobre tributos fiscais para fins ambientais.

Na seara ambiental, a legitimidade da tributação extrafiscal decorrerá do artigo 225, do texto constitucional, que prevê o meio ambiente equilibrado não apenas como um direito de todos, mas como um dever de proteção imposto ao poder público e a todos os membros da sociedade. A sustentabilidade, nos ensinamentos de Freitas (2019, p. 43-44), consistirá num “dever fundamental de, com a mira no bem-estar intergeracional, produzir e compartilhar o desenvolvimento limpo e propício à saúde, em todos sentidos, aí abrangidos os componentes primordialmente éticos, em combinação com os elementos sociais, ambientais, econômicos e jurídico-políticos.” Assim, a sustentabilidade integra grupo semelhante aos tributos, consistindo ambos em deveres dos cidadãos para com a comunidade.

De tal forma, plenamente aceitável que as normas tributárias venham, através de sua dimensão indutora, promover o desenvolvimento sustentável, impondo tributos extrafiscais com a nítida intenção de (des)estimular condutas dos cidadãos, para que atingir os ODS's. (TOMKOWSKI, 2017, p. 86). Num caráter geral, poderia a extrafiscalidade atuar através da seletividade de alíquotas, fixando alíquotas mais baixas para aqueles produtos ecologicamente corretos, enquanto fixa alíquotas mais altas para os produtos que acarretam em maior poluição, desestimulando a sua produção ou consumo.

A seletividade de alíquotas em razão da nocividade ambiental do bem/atividade é um mecanismo salutar e que pode ser aplicado a praticamente todos os tributos incidentes sobre o consumo e geraria resultados mais interessantes que a mera instituição de tributos com fins ambientais. Conforme ensina Stiglitz (2013, p. 296-297), há uma interessante relação entre tributação e poluição, uma vez que ambas possuem baixíssima aceitação social, ainda que sob justificativas diversas. Assim, por que não fazer a ligação entre aquelas atividades que a sociedade repudia, ampliando a tributação das atividades poluidoras. Assim, a extrafiscalidade aparecerá para ajudar a concretização do objetivo 3, especialmente no que toca a meta 3.9.¹⁰ É possível incrementar a tributação daquelas atividades poluidoras e/ou beneficiar as atividades limpas.

Além do IPTU progressivo no tempo, para concretização do objetivo 11 é possível a instituição de benefícios fiscais, no estilo de IPTU-verde, para os imóveis que possuam características ecológicas, tais como captação da água da chuva, iluminação passiva, telhado verde, etc. Assim, reduz-se o valor do tributo pago para aqueles imóveis adotarem práticas ligadas a sustentabilidade. Tal prática vem sendo adotada por inúmeras cidades, como forma de fomentar a utilização de práticas sustentáveis na construção civil, estando legitimada pela compreensão de que o cumprimento a função social da propriedade engloba também o seu aspecto ambiental. Aliás, quando difusa a prática sustentável nas cidades, nada impede que se imponha uma majoração da carga tributária para os imóveis os quais insistirem na adoção de meios que impactem de forma mais significativa nos níveis de poluição, em razão do uso não sustentável do imóvel. Poder-se-ia, através de uma seletividade ambiental, impor ônus

¹⁰ Meta 3.9: Até 2030, reduzir substancialmente o número de mortes e doenças por produtos químicos perigosos, contaminação e poluição do ar e água do solo.

maiores àqueles imóveis que não possuam práticas sustentáveis, forçando os proprietários a cumprirem a função social da propriedade na sua completude.

Prática semelhante poderia ser implementada no Imposto Territorial Rural (ITR), que já possui previsão constitucional para alíquotas progressivas e que visem desestimular a manutenção de propriedades improdutivas, ao levar em consideração como critério para a fixação das alíquotas a capacidade de produção sustentável da propriedade rural, bem com a adoção de práticas que minimizem os efeitos da produção agropecuária, sabidamente uma das principais atividades poluidoras. Assim, pode-se instituir descontos no ITR para as propriedades ecologicamente corretas e aplicar alíquotas mais severas àqueles propriedades que não adotem medidas para minimizar os danos ambientais.

Quanto ao objetivo 12, especialmente a meta 12.c,¹¹ seria possível ampliar os projetos de benefícios fiscais para automóveis movidos por energia limpa, semelhantes aos existentes no município de São Paulo, que devolve ao proprietário a sua quota parte no Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores dos veículos não-poluentes, além de isentá-los do rodízio de veículos existente na capital paulista. Aliás, começam, ainda que timidamente, a aparecer propostas neste sentido, como, por exemplo, no Estado de Santa Catarina, no qual foi aprovado no final de 2018 o projeto de lei n.º 148/2018, de autoria do Deputado Estadual José Milton Scheffer, que previa a isenção total de IPVA para os veículos elétricos. Contudo, o projeto acabou vetado pelo governador, sob a justificativa de ausência de cálculo de impacto orçamentário da medida, o que feriria a Lei de Responsabilidade Fiscal, além da progressiva diminuição da receita, com a tendência de expansão da frota de carros elétricos.

De igual maneira, há a possibilidade da produção de tais automóveis ter uma tributação mais amena, incentivando o consumo de tais bens, uma vez que terão um valor final menor, através de programas como Rota 2030, que concedeu uma série de benefícios fiscais a indústria automobilística, reduzindo também as alíquotas do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) incidente sobre os carros híbridos e elétricos. Contudo, o governo federal ainda adota políticas que visam ampliar a utilização de combustíveis fósseis, mantendo o foco nos veículos automotores movidos a combustão, concedendo benefícios fiscais para a extração e produção de combustíveis fósseis. (PRESIDENTE, 2017). Ao mesmo tempo que estimula minimamente a comercialização de veículos elétricos, mantém os estímulos a fontes de energia poluentes, em clara contradição quanto a política que será adotada quanto aos automóveis no futuro.

Deve-se evidenciar que não se trata de uma defesa a ampliação da carga tributária sobre os combustíveis fósseis, até porque a comercialização de carros elétricos ainda é incipiente no Brasil. No atual cenário brasileiro, ampliar a tributação sobre os combustíveis fósseis poderia gerar um efeito reverso, de aversão aos carros elétricos, uma vez que ainda são modelos com custo alto para o cidadão, inacessíveis para a maioria dos brasileiros, que teriam que suportar um ônus ainda maior para beneficiar uma pequena parcela da sociedade que tem acesso a tais bens. Entretanto, não deve o governo federal manter os estímulos ao setor petrolífero, sendo aceitável a ampliação dos tributos sobre ele à medida que haja a expansão dos veículos ecologicamente corretos.

Os tributos sobre os combustíveis, por atingirem a todos os cidadãos, direta ou indiretamente, tem uma capacidade de eclosão de grandes movimentos, como por exemplo, o dos “coletes amarelos”, na França. Este surgiu justamente de uma medida extrafiscal, de aumento dos tributos sobre os combustíveis fósseis e a criação de bônus para aquisição de veículos elétricos, a qual visava a ampliação da frota destes, forçando a população a abandonar

¹¹ Meta 12.c: Racionalizar subsídios ineficientes aos combustíveis fósseis, que encorajam o consumo exagerado, eliminando as distorções de mercado, de acordo com as circunstâncias nacionais, inclusive por meio da reestruturação fiscal e a eliminação gradual desses subsídios prejudiciais, caso existam, para refletir os seus impactos ambientais, tendo plenamente em conta as necessidades específicas e condições dos países em desenvolvimento e minimizando os possíveis impactos adversos sobre o seu desenvolvimento de uma forma que proteja os pobres e as comunidades afetadas.

os veículos poluentes. A população revoltou-se contra tal aumento, o qual, ainda que plenamente justificável como uma medida em prol da sustentabilidade, serviu para catalisar a insatisfação popular contra a carga tributária naquele país, tendo que ser rapidamente adiada pelo governo francês.

Assim, percebe-se que há espaços para a atuação fiscal e, principalmente, extrafiscal dos tributos para a concretização dos ODS's, especialmente naqueles em que predominam a dimensão ambiental. Através da seletividade ambiental, da função socioambiental da propriedade e da contenção de benefícios fiscais aos combustíveis fósseis já se pode vislumbrar, ainda que de forma embrionária, algumas das formas que a tributação poderá colaborar para concretizar a Agenda 2030. Obviamente, o tema é delicado e se não houver um amplo debate sobre o assunto há uma tendência de reprovação social a algumas medidas, especialmente àquelas que ampliem a carga tributária sobre determinado bem ou produto que estejam largamente difundidos no nosso cotidiano. Assim, deve-se sempre buscar o diálogo e a construção de alternativas tributárias razoáveis, que estimulem as condutas dos cidadãos, contudo sem lhes impor um ônus que ainda não possa ser suportado.

5. CONCLUSÃO

Os ODS's certamente estarão na pauta pelos próximos anos. O prazo de quinze (15) anos para a concretização dos objetivos é curto, de modo que deve haver uma confluência de forças na busca por tais metas. A necessidade de um desenvolvimento que não esteja restrito a ideia de crescimento econômico servirá de fio condutor das propostas da ONU, amparando a Agenda 2030 na necessidade de conjugar as dimensões social, ambiental e econômica.

Assim, diante de um desafio praticamente utópico, necessário se faz o emprego de todos os mecanismos que estejam disponíveis para tal fim. Não se pode acreditar que os objetivos se concretizarão naturalmente. Será necessária uma atuação estatal ativa e significativa para os avanços pretendidos por tal empreitada mundial. O desenvolvimento sustentável será um processo, um avanço em prol de uma comunidade mais igualitária e ambientalmente responsável, sem que se abra mão das necessidades econômicas da geração presente.

Neste cenário, percebe-se que a tributação terá um papel fundamental, uma vez que as políticas públicas exigem recursos financeiros para sua realização. Contudo, não será somente através da arrecadação que a tributação poderá contribuir para os fins previstos na Agenda 2030. Ela poderá, através de seus efeitos extrafiscais, produzir resultados em prol da concretização dos ODS's, tendo tal função uma atuação importante na busca pelo desenvolvimento sustentável.

Assim, quando diante de objetivos com predomínio na dimensão social, a atuação se dará principalmente pela fiscalidade dos tributos, seja pelo financiamento, seja pelos efeitos extrafiscais que a fiscalidade produzirá. Quanto aos objetivos em que predominam a dimensão ambiental, a extrafiscalidade preponderará, atuando de forma a induzir as pessoas a um comportamento ambientalmente saudável. De tal forma, a tributação irá colaborar efetivamente para o alcance destas metas globais, garantindo uma sociedade mais justa e igualitária.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal do Brasil. Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros. **Carga tributária no Brasil 2017: análise por tributos e bases de incidência**. Brasília, 2018. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2017.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2019.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Relatório da distribuição pessoal da renda e da riqueza da população brasileira**. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/relatorio-sobre-a-distribuicao-da-renda-e-da-riqueza-da-populacao-brasileira/relatorio-distribuicao-da-renda-2016-05-09.pdf/view>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça; INSTITUTO DE PESQUISA ECÔNOMICA APLICADA (IPEA). **Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios e IPTU progressivo no tempo: regulamentação e aplicação**. Brasília, DF: 2015. (Série pensando o direito, n. 56). Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/11/PoD_56_web1.pdf. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRAUN, Diogo Marcel Reuter. **Contribuições do dever fundamental de pagar tributos para o neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

BUFFON, Marciano. A extrafiscalidade e direitos fundamentais: a introdução do interesse humano na tributação. **Direito tributário em questão**: Revista da FESDT, Porto Alegre, n. 3, p. 151-170, jan./jun. 2009a.

BUFFON, Marciano. MATOS, Mateus Bassani de. **Tributação no Brasil do século XXI: uma abordagem hermenêuticamente crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009b.

CARDOSO, Alessandro Mendes. **O dever fundamental de recolher tributos no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

CARVALHO, Paulo Gonzaga Mibielli de; BARCELLOS, Frederico Cavadas. Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio – ODM: uma avaliação crítica. **Sustentabilidade em debate**, Brasília, v. 5, n. 3, p. 222-244, set./dez. 2014.

CONTIPELLI, Ernani de Paula. **Solidariedade social tributária**. Coimbra: Almedina, 2010.

COSTA, Leonardo de Andrade. A sustentabilidade ambiental na produção econômica de bens e serviços como requisito progressivo à concessão de incentivos e benefícios fiscais no Brasil. In: FLORES, Nilton Cesar (org.). **A sustentabilidade ambiental em suas múltiplas faces**. Campinas: Editora Millennium, 2012. p. 149-189

EARTH OVERSHOOT DAY. **Past Earth overshoot days**. [s.l.], 2019?. Disponível em: <https://www.overshootday.org/newsroom/past-earth-overshoot-days/>. Acesso em: 08 fev. 2019.

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

MARTINI, Sandra Regina; WALDMAN, Ricardo Libel. Os objetivos do desenvolvimento sustentável analisados à luz da metateoria do direito fraterno e a concretização dos direitos humanos. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 2, p. 198-219, maio/ago. 2018.

MURPHY, Liam. NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade**: os impostos e a justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NAÇÕES UNIDAS. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. **Transformando Nosso Mundo**: A agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Nova York, 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. **Principais fatos**. Nova York, 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/principais-fatos/>. Acesso em: 08 fev. 2019.

OXFAM. **Documento informativo da Oxfam**. Oxford, 2017. Disponível em: https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/economia_para_99-relatorio_completo.pdf. Acesso em: 09 fev. 2019

PRESIDENTE Temer sanciona lei que dá benefícios fiscais a petrolíferas até 2040. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 dez. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-29/temer-sanciona-lei-beneficios-fiscais-petroliferas-2040>. Acesso em: 12 fev. 2019.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento**: incluyente, sustentável, sustentado. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

STIGLITZ, Joseph E. **O preço da desigualdade**. Lisboa: Bertrand Editora, 2013.

TOMKOWSKI, Fábio Goulart. **Direito tributário e heurísticas**. São Paulo: Almedina, 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. **A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável**: o desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

WORLD BANK GROUP. **Doing Business 2018**: Reforming to create Jobs. Washington, 2018.

ANEXO A – OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

- Objetivo 1.* Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares;
- Objetivo 2.* Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável;
- Objetivo 3.* Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades;
- Objetivo 4.* Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos;
- Objetivo 5.* Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas;
- Objetivo 6.* Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos;
- Objetivo 7.* Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos;
- Objetivo 8.* Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos;
- Objetivo 9.* Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação;
- Objetivo 10.* Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles;
- Objetivo 11.* Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis;
- Objetivo 12.* Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis;
- Objetivo 13.* Tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima e seus impactos;
- Objetivo 14.* Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável;
- Objetivo 15.* Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade;
- Objetivo 16.* Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis;
- Objetivo 17.* Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável. (NAÇÕES UNIDAS, 2015).

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

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

OS ACORDOS COMERCIAIS REGIONAIS NO CONTEXTO DAS MUDANÇAS DO CLIMA

LUÍS ALEXANDRE CARTA WINTER
RULLYAN LEVI MAGANHATI MENDES

OS ACORDOS COMERCIAIS REGIONAIS NO CONTEXTO DAS MUDANÇAS DO CLIMA

REGIONAL TRADE AGREEMENTS IN THE CONTEXT OF CLIMATE CHANGES

Recebido: 15/03/2019
Aprovado: 01/01/2023

Luís Alexandre Carta Winter¹
Rullyan Levi Maganhati Mendes²

RESUMO:

O objetivo deste artigo é contextualizar a temática dos acordos comerciais regionais em sua relação com o regime climático, especialmente a partir da vigência do Acordo de Paris. Para tanto, pontua-se inicialmente os regimes multilaterais do clima e do comércio, a interação que estabelecem e, em particular, as disposições comerciais que assimilam a proteção ambiental e a configuração do regionalismo; na sequência, são apresentadas as principais características dos acordos comerciais regionais e o papel que desempenham na regulação de temas considerados difíceis ou sensíveis na agenda comercial internacional, como o das mudanças do clima; e, ao final, delineiam-se algumas perspectivas acerca do trato climático pelo comércio regional, o que implica na consideração das políticas climáticas unilaterais dos países contratantes. Assim, com método dedutivo, o emprego de técnicas bibliográficas e documentais, infere-se que os acordos comerciais regionais têm potencial para a experiência e promoção de medidas abrangentes de proteção climática, de modo a contribuir com o desenvolvimento sustentável e influenciar no regramento dos regimes multilaterais do clima e do comércio.

Palavras-chave: Regime climático. Sistema multilateral do comércio. Acordos comerciais regionais. Acordo de Paris. Mudanças climáticas.

ABSTRACT:

The aim of this paper is to contextualize the theme of the regional trade agreements in their relationship with the climatic regime, especially since the validity of the Paris Agreement. To this end, the multilateral climate and trade regimes, the interaction which they establish and, in particular, the commercial provisions which assimilate environmental protection and the configuration of regionalism, are initially pointed out; in the sequence, the main features of regional trade agreements and the role they play in regulating issues considered difficult or sensitive in the international trade agenda, such as climate change, are presented; and, in the end, some perspectives on the climate treatment by regional trade are outlined, which implies consideration of the unilateral climatic policies of the contracting countries. Thus, the deductive method, with the use of bibliographic and documentary techniques, it is inferred that regional trade agreements

¹ Doutor em Integração da América Latina pela Universidade de São Paulo. Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria. Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) na graduação e pós-graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado). Coordenador do curso de especialização em Direito, Logística e Negócios Internacionais (PUCPR). Coordenador do Núcleo de Estudos Avançados de Direito Internacional e Desenvolvimento Sustentável (NEADI-PUCPR). Membro do Centro de Letras do Paraná e do Instituto de Advogados do Paraná. Advogado e consultor jurídico. Endereço eletrônico: lacwad@gmail.com

² Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado. E-mail: rullyan@hotmail.com

have the potential for the experience and promotion of comprehensive measures of climate protection, in order to contribute to sustainable development and influence the regulation of multilateral regimes of climate and trade.

Keywords: Climate regime. Multilateral trading system. Regional trade agreements. Paris Agreement. Climate changes.

Classificação conforme sistema JEL: F18, K33, R11, Q54.

1. INTRODUÇÃO

A atmosfera é resultado da interação entre as variáveis climáticas e as intervenções socioeconômicas. Grosso modo, o efeito estufa gerado pelas atividades humanas – acrescido ao natural – leva ao aquecimento do planeta, que conduz às mudanças do clima. Estabelece-se, assim, um processo de consequências recíprocas. Setores estratégicos do comércio, como o agrícola, necessitam da estabilidade climática para que operem, ao passo que o comércio, munido de compensações e rearranjos, pode ser um veículo para o refreamento das alterações do clima.

Nesse contexto, o regime climático internacional depende de outras agendas, sendo a política comercial uma das mais significativas. Na legitimação da travessia para uma sociedade de baixa emissão de carbono, o comércio pode, por exemplo, se apropriar de bens, serviços e conhecimentos que favoreçam o dinâmico equilíbrio climático e promover a implantação de tecnologias consideradas limpas, sem que, contudo, deixe de prevalecer. O aumento de fluxos comerciais e os níveis de emissão de carbono podem ser direta ou inversamente proporcionais, a depender das variáveis intervenientes consideradas.

O caráter universal do novo compromisso climático, o Acordo de Paris, propõe a convergência do nexos clima-comércio para as localidades, para as contribuições voluntárias dos Estados. Ao lado disso, a inclusão de disposições climáticas nas centenas de acordos comerciais regionais vigentes reafirma a demanda pela coordenação de políticas. Por sua vez, a continuidade do sistema multilateral de comércio enfrenta desafios oriundos da economia volátil e das preferências de seus agentes, ao mesmo tempo em que considera o contexto ambiental contemporâneo.

Desse modo, delineado o cenário de importância multinível das medidas comerciais, questiona-se: são distintas as perspectivas de contribuição dos sistemas multilateral e regional de comércio ao regime climático?

Na intenção dessa resposta, por meio do método dedutivo de abordagem, este artigo foi estruturado em três seções. Busca-se, na primeira, a construção panorâmica dos regimes multilaterais de mudança climática e do comércio e o apontamento da interação que conservam. Na seção seguinte, o interesse incide sobre as principais características do regionalismo comercial, em particular, a de possibilitar um espaço profícuo para a regulação de temas sensíveis, como o climático. Finalmente, à luz do Acordo de Paris, são associados os aspectos emergentes dos acordos comerciais regionais – algumas de suas perspectivas – ao trato climático, seja em contraponto, correspondência ou complemento aos regimes mencionados.

2. O REGIME CLIMÁTICO E O REGIME INTERNACIONAL DO COMÉRCIO

Há uma situação incontestável: “somos uma população confinada na superfície de uma esfera, com recursos limitados, flutuando no espaço gelado, aquecida pelo Sol” (DIAS, 2014,

p. 19). Dessa sentença de simples enunciação e complexa comunicação, surge uma leitura possível deste pedaço histórico. Globalizados, os recursos competem a olhos vistos, simbólica e objetivamente. “Recursos”, importa esclarecer, em sentido amplo: dinheiro, direitos, tempo, o ambiente – vivo e abiótico – sadio. É preciso, nesse ensejo, acomodar os “vetores civilizatórios” da contemporaneidade (VIOLA; FRANCHINI; RIBEIRO, 2013, p. 38).

Em uníssono, os últimos relatórios técnicos do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC)³, de 2007 e 2013, responsáveis pelo corrente “estado da arte” do tema, informam que a “influência antrópica [ou humana] no sistema climático é clara” e “o aquecimento do sistema climático é inequívoco” (IPCC, 2007, 2013, passim, tradução nossa). Em décadas recentes, entre embates extremados (céticos e apocalípticos), despontou a atenção e níveis de conscientização a respeito dos problemas relacionados ao aquecimento global. Os Estados, unidades representativas da ação coletiva, viram-se pressionados a participar e assumir compromissos na arena climática e, com isso, alocaram no centro do comércio internacional o esforço para a passagem a uma economia de baixo carbono. Para tanto, o nível de cooperação internacional ainda é incipiente, mas a premissa está dada: a sustentabilidade – inclusive a ambiental climática – “é um obstáculo porque a sociedade humana não se resume à racionalidade econômica” e, por isso, deve ser assimilada realisticamente (VEIGA, 2010, p. 149).

Serão pontuados, nesta primeira seção, os aspectos elementares dos regimes multilaterais do clima e do comércio, bem como a interação e o ainda virtual conflito a eles inerente. Além da quase totalidade dos Estados estarem vinculados aos dois regimes, é do contexto multilateral, de seus entraves e insuficiências, que se pode extrair as potencialidades das coalizões comerciais regionais, notadamente a respeito da proteção do clima, objetivo precípua desta pesquisa.

2.1 O REGIME CLIMÁTICO

A primeira resposta política internacional sobre a questão climática surgiu com a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrida em 1992 na cidade do Rio de Janeiro. A Convenção-Quadro é a base do regime jurídico internacional de proteção climática e, ratificada por 197 Partes, tem adesão quase universal. Em seu preâmbulo, toma as mudanças do clima como “preocupação comum da humanidade” (ONU, 1992), para, na parte dispositiva, estabelecer a “moldura legislativa” (SOARES, 2003, p. 433) regulatória do risco climático. Essa espécie de tratado se distingue por traçar uma normativa de direitos e obrigações de natureza vaga, exigente, portanto, de regulamentação pormenorizada. A atribuição de expedir cláusulas de detalhamento no regime climático foi entregue à Conferência das Partes (COP), órgão supremo e decisório da Convenção-Quadro.

Sem especificar obrigações legais, objetiva a Convenção-Quadro – e todo o encadeamento jurídico-político por ela constituído – “[...] a estabilização das concentrações de gases de efeito estufa [GEE] na atmosfera em um nível que impeça uma interferência antrópica perigosa no sistema climático” e “permita ao desenvolvimento econômico prosseguir de maneira sustentável” (ONU, 1992).

Interessa notar que o termo “estabilização” expressa implicitamente certo grau de irreversibilidade das mudanças do clima e, por isso, estabelece um novo patamar de equilíbrio do sistema do clima, no qual as emissões e os processos de mitigação de GEE devem ser balanceados (BODANSKY; BRUNNÉE; RAJAMANI, 2017, p. 51). Justamente por seguir as leis da física, na questão climática, “a ação humana não é capaz de deter a relação causa-consequência; sua atuação interfere apenas para determinar seus níveis” (VIOLA; BASSO, 2016, p. 6).

³ Sigla de *Intergovernmental Panel on Climate Change*.

Posto isso, interessa trazer a lume o primeiro dos princípios arrolados na Convenção-Quadro, segundo o qual “as Partes devem proteger o sistema climático em benefício das gerações presentes e futuras [...], de acordo com as suas responsabilidades comuns, porém diferenciadas, e suas respectivas capacidades” (ONU, 1992).

O princípio das “responsabilidades comuns, porém diferenciadas”, de eixo, também passou a ser o grande imbróglio das negociações do clima, especialmente a partir da terceira Conferência das Partes, a COP-3, ocorrida em 1997 no Japão. Nela, os Estados adotaram um instrumento jurídico complementar ao regime climático, o Protocolo de Quioto, documento que individualmente quantificou a limitação e a redução de emissões de GEE pelos países conforme divisão prévia estabelecida no Anexo I da Convenção-Quadro – em média, 5% de diminuição em relação aos níveis de 1990 –, uma listagem contemplativa das nações pioneiras em seus processos de industrialização, os países desenvolvidos. Como inovação, o Protocolo introduziu instrumentos como o comércio internacional de emissões de GEE. Por sua vez, aos países ausentes do Anexo I, os em desenvolvimento, não foram imputadas obrigações quantitativas, embora pudessem ter participação voluntária (CUNHA; REI; WALTER, 2013, p. 240-242).

Como saldo de Quioto, praticamente todos os países isentos dos custos relativos ao aquecimento do sistema climático correspondiam à estrutura institucional atualmente conhecida como “G-77+China”, um grupo de nações emergentes, como China, Índia e Brasil, que seguiam autorizadas a emitir livremente os seus GEE (VEIGA, 2014, p. 111) Tão logo esse desenho ficou claro, os Estados Unidos da América (EUA), pertencente ao Anexo I da Convenção-Quadro, jamais tornou o documento obrigatório em sua política externa e interna. Assim, o Protocolo de Quioto entrou em vigor somente em 2005 – ao ser ratificado pela Rússia – e, desde então, teve um primeiro período de cumprimento, encerrado em 2012, e a expectativa de ser prorrogado até 2020, como se menciona a seguir. As metas de emissão dos Estados seriam juridicamente vinculantes (*binding consequences*) para aqueles do Anexo I (ONU, 1997). Contudo, “no limite entre o Direito e a política” (AMARAL, 2016, p. 44), o regime climático compõe-se predominantemente por normas de *soft law*, sem um processo formal de sanções pelo descumprimento obrigacional, e as metas do Protocolo de Quioto foram sistematicamente descumpridas (GONÇALVES; COSTA, 2011, p. 25)⁴.

Da primeira reunião do clima, em 1995, até hoje, foram realizadas 24 Conferências das Partes. Nesse processo, o Acordo de Paris, surgido na COP-21, realizada no final de 2015, aponta a renovação dos votos dos Estados em relação ao objetivo de uma economia de baixa emissão de carbono. Aos moldes jurídicos do Protocolo de Quioto, para que começasse a vigor, o documento necessitava da ratificação de pelo menos 55 países responsáveis por 55% das emissões de GEE do mundo. Cumprida essa etapa, o Acordo de Paris entrou em vigência no dia 4 de novembro de 2016 e, até março de 2019, foi assinado por 196 das 197 Partes da Convenção-Quadro – ausente a Síria, em guerra civil – e ratificado por 185 Estados, incluindo inicialmente os EUA (ONU, 2019a).

Sem listagem anexa, o Acordo de Paris inovou ao incorporar as Contribuições Nacionalmente Determinadas (NDC)⁵ de cada país, isto é, ao contrário de seu antecessor (com abordagem *top-down*), em Paris cada Estado se propôs a adotar metas voluntárias (*bottom-up*), de modo a “possibilitar que cada nação ajuste e contextualize as tarefas e políticas assumidas em âmbito internacional com o seu respectivo processo de desenvolvimento” (CONTIPELLI,

4 Menciona-se que a China passou a ser o maior emissor de dióxido de carbono (CO₂) em 2005 e de GEE em 2010. Até 2030, prevê-se que será o país que mais terá acumulado GEE na atmosfera, superando os EUA, ainda detentores do maior volume de emissões históricas (VEIGA, 2015, p. 188).

5 Sigla de *Nationally determined contributions*.

2018, p. 90). Credita-se a esse incentivo, inclusive, a celeridade diplomática com que o percurso se cumpriu. Entretanto, o conjunto das NDC

[...] não espelha uma imposição jurídica uniforme e consistente, mas antes um mosaico de compromissos autônomos e voluntariamente estipulados. Acaba por não existir, assim, uma vinculação heterônoma a parâmetros universais, mas uma disposição individual ou um auto-cometimento à adoção de determinadas medidas, de acordo com um nível de esforço unilateralmente fixado (ANTUNES, 2016, p. 16-17).

Juntas, conforme objetivo do Acordo de Paris, as Partes devem atuar de modo que a temperatura média planetária sofra uma elevação “muito abaixo de 2°C” em relação aos níveis pré-industriais, propósito que deve ser observado pelo comércio globalizado, externo e nacional, ao promover “fluxos financeiros consistentes com um caminho de baixas emissões” de GEE (ONU, 2015).

Embora o Acordo de Paris tenha entrado em vigor, ressalta-se que os Estados estabeleceram suas metas para o período pós-2020, pois o período pré-2020 estaria, em princípio, resguardado pela prorrogação do Protocolo de Quioto por meio da Emenda de Doha – negociada na COP-18, ocorrida no Catar em 2012 –, que, no entanto, ainda não entrou em vigor. Até março de 2019, o aditivo a Quioto havia sido ratificado por 126 Estados, quando careceria da participação de três quartos dos participantes (144 países), de maneira que ainda não produz efeitos (ONU, 2019b). Infere-se, nessa perspectiva, que a dinâmica em torno do Acordo de Paris eclipsou a urgência do prolongamento do Protocolo de Quioto até 2020, ou seja, o período 2013-2020 do regime climático segue descoberto, dependente de ações voluntárias (KÄSSMAYER; FRAXE NETO, 2016, p. 10). A Emenda de Doha, no limite, se tratou de um gesto construtivo de fidedignidade entre os Estados, enquanto o compromisso político subjacente ao Protocolo de Quioto já havia se dissipado. O próprio prazo de oito anos (2013-2020) foi escolhido de maneira a se encerrar no tempo das primeiras ações do Acordo de Paris, a partir de 2021 (BODANSKY; BRUNNÉE; RAJAMANI, 2017, p. 305).

De toda sorte, apesar do *enforcement* pouco robusto, a questão climática se tornou um valor institucionalizado e, em particular, no que tange ao Direito globalmente considerado,

[...] a discussão a respeito do caráter *hard* ou *soft* do regime [climático] não é conclusiva a respeito da possibilidade ou não de o regime gerar efeitos jurídicos. Nesse sentido, [...] medidas *soft* podem evidenciar a *opinio juris* sobre determinado assunto em determinado momento, o que [...] pode ser precursor de uma norma costumeira de Direito Internacional. Além disso, medidas de *soft law* podem contribuir de forma importante para a interpretação de instrumentos de *hard law*. Dessa forma, independente da norma ser *hard* ou *soft*, ela não pode ser desconsiderada, [...] seus efeitos jurídicos não são desprezíveis” (AMARAL, 2016, p. 75-76).

De fato, o regime climático segue como “uma máxima de diligência” (ANTUNES, 2016, p. 19), composto de normas de natureza indicativa, norteadora ou programática, mas seguramente não esvaziado de consequências.

2.2 O REGIME INTERNACIONAL DE COMÉRCIO

De seu lado, a Organização Mundial do Comércio (OMC) tornou-se operacional em 1º de janeiro de 1995, nos termos de seu acordo constitutivo, e foi considerada o resultado mais importante da Rodada Uruguai (1986-1993), um dos encontros periódicos de negociações acerca

do comércio internacional⁶. A OMC substituiu o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT)⁷, que por quase meio século foi pragmática e gradualmente alcançando *status* de organização internacional, isto é, de fato, já que desde o seu surgimento não detinha personalidade jurídica própria (QUEIROZ, 2012, p. 70-71).

O objetivo primordial da OMC é a liberalização do comércio internacional, ou seja, seu caráter regulatório destina-se a conter o uso de medidas protecionistas nas políticas comerciais de seus membros. Em relação ao GATT, as funções da OMC foram expandidas e adquiriram condição permanente (QUEIROZ, 2012, p. 71).

Hoje composta por 164 membros, a OMC é o guarda-chuva institucional de uma série de acordos, incluindo mais de uma dezena sobre comércio de mercadorias e outros específicos, como o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS) e o Acordo sobre os Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS)⁸. Contextualizadas com os objetivos do regime comercial, as preocupações ambientais são reconhecidas no preâmbulo do Acordo da OMC de 1995, de modo que se cumpra uma utilização ótima dos recursos mundiais em conformidade com o objetivo do desenvolvimento sustentável. Enquanto na era GATT o espaço para o trato ambiental foi praticamente inexistente, quando não simbólico, como na criação do Grupo sobre Medidas Ambientais e Comércio Internacional em 1971, que contou com reuniões aleatórias e dezenais, na esteira da expansão do mandato da OMC, as referências ambientais foram ampliadas, como no Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias e, de forma menos explícita, no Acordo sobre Agricultura (GONÇALVES; COSTA, 2011, p. 73)

Visando a transparência na imposição de restrições ao comércio, afirma-se que as regras comerciais, em perspectiva sistêmica internacional, pautam-se por princípios que orientam as negociações multilaterais, como o da reciprocidade e o da não discriminação – este, conceito-chave da OMC –, que, por sua vez, são expressos por intermédio das cláusulas da nação mais favorecida e do tratamento nacional (THORSTENSEN, 1999, p. 32). Em apanhado, a obrigação do tratamento da nação mais favorecida (artigo I do GATT) proíbe a discriminação de bens, serviços ou fornecedores de serviços originados em – ou destinados a – países diferentes, enquanto a obrigação do tratamento nacional (artigo III do GATT) veda a discriminação entre bens, serviços e fornecedores de serviços estrangeiros e bens, serviços e fornecedores de serviços nacionais (MAGALHÃES, 2017, p. 74-75).

Embora enfatizado, admitem-se exceções ao princípio da não discriminação para proteger interesses legítimos que não aqueles essencialmente vinculados à liberalização comercial, o que permite aos países um espaço de autonomia regulatória. Entre elas, a adoção de concessões tarifárias exclusivas entre membros de uniões aduaneiras e as zonas de livre comércio (artigo XXIV), e, ainda, o tratamento diferenciado e mais favorável – a concessão de benefícios não recíprocos – para países que estabeleçam entre si acordos comerciais regionais (THORSTENSEN, 1999, p. 34).

Em período relativamente recente, a OMC tem demonstrado a relação entre os intentos de salvaguarda do sistema multilateral de comércio e o viés protetivo do ambiente, expressando-se, em grande parte, por meio das restrições comerciais autorizadas pelo artigo XX do GATT (contanto que não resultem em barreiras ao livre comércio), condizentes “com o intuito de permitir a execução de políticas governamentais que promovam a realização de finalidades essenciais para as sociedades domésticas” (AMARAL JUNIOR, 2008, p. 191), como as vinculadas à defesa dos recursos naturais e do equilíbrio ambiental, incluso – por ser o ambiente uma unidade – o sistema climático.

6 Após a primeira reunião em 1947, sete se seguiram até a criação da OMC em 1995: as Rodadas Annecy (1949), Torquay (1950-1951), Genebra (1955-56), Dillon (1960-1961), Kennedy (1963-1967), Tóquio (1973-1979) e Uruguai (1986-1994), sempre com número crescente de participantes.

7 Sigla de *General Agreement on Tariffs and Trade*.

8 Siglas de *General Agreement on Trade in Services* e *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, respectivamente.

Em 2001, uma nova rodada de negociações comerciais foi iniciada, a Rodada de Doha, prevista para abordar expressamente questões de relevância para os países em desenvolvimento, de maneira que fossem incluídas discussões acerca da redução ou eliminação de barreiras não tarifárias sobre serviços e bens ambientais (como as energias renováveis), uma liberalização que permitiria a produção ao menor custo possível. Ocorre que as negociações da Rodada de Doha, em grande parte, passaram por um período de estagnação no final da década de 2000 e poucos resultados ocorreram desde então, apesar dos encontros em 2013 (em Bali, Indonésia), 2015 (em Nairóbi, Quênia) e 2017 (em Buenos Aires, Argentina). Os impasses, em síntese, versaram sobre a problemática da segurança alimentar nos países em desenvolvimento e a liberalização do comércio internacional de produtos agrícolas.

2.3 OS REGIMES DE CLIMA E COMÉRCIO

Mesmo com mais de duas centenas de tratados multilaterais ambientais no mundo – muitos deles reunindo um pequeno rol de países –, acredita-se que não mais que duas dezenas desses acordos incluam disposições que possam afetar o comércio internacional, subsistindo, contudo, o objetivo de que os acordos da OMC sejam interpretados consoante os ditames dos tratados multilaterais ambientais. Entre os que podem acarretar implicações comerciais, menciona-se a Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Fauna e da Flora Silvestres Ameaçadas de Extinção, o Protocolo de Montreal – protetivo da camada de ozônio – e a Convenção de Basileia sobre Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito (MOROSINI; NIENCHESKI, 2014, p. 154 e 165). Ainda, junto a esses, em que pese o desenrolar cambaleante e a oferta fraca de constrangimentos aferíveis (para além dos de reputação aos países), está o regime das mudanças do clima.

As mudanças climáticas têm merecido atenção da OMC na última década, embora sem conclusões efetivas ou trato integrado por parte de sua complexa estrutura institucional, formada de órgãos permanentes e temporários. Ainda assim, a ponto de desenvolver um relatório a respeito do tema em parceria com o programa ambiental da Organização das Nações Unidas (OMC, 2009).

Verifica-se, dessa maneira, que “o sistema de livre-comércio inclina-se a adaptar a agenda ambiental entre as suas preocupações” (GONÇALVES; COSTA, 2011, p. 72), de tal modo que, em âmbito da OMC, cabe ao Comitê de Comércio e Meio Ambiente a intermediação desses assuntos. Não por acaso, o Secretariado da OMC é presente em cada COP, enquanto os representantes da Convenção-Quadro são observadores das negociações da OMC. Ademais, em que pese a ingerência atualmente esmaecida da OMC no campo multilateral, o seu Sistema de Solução de Controvérsias permanece como uma ferramenta institucional forte e é regularmente acionado pelos membros. Na possibilidade de as medidas de proteção climática violarem as regras da OMC, a resolução de litígios assume um papel fundamental de construção hermenêutica e clareza jurídica (AMARAL, 2016, p. 116). Embora os casos individuais de implícito viés climático – sobre biodiesel, por exemplo – não tenham conduzido a grandes atritos entre os regimes, com o Acordo de Paris e ação climática direcionada para o nível nacional, é possível o aparecimento de uma demanda exigente de amoldamento entre os regimes.

Assim, com finalidades bastante específicas, os regimes multilaterais do comércio e do clima coexistem no espaço do Direito Internacional. Nesse contexto, o sistema multilateral de comércio (aberto e interdependente, não discriminatório e voltado à previsibilidade) e o regime multilateral climático devem, sinergicamente, enquadrar as suas disposições de modo a conjugar, com eficiência, a distribuição produtiva mundial e as orientações do desenvolvimento

sustentável. No reconhecimento das orientações do clima, os Estados devem observar as regras multilaterais do comércio a fim de evitar medidas discriminatórias e, por conseguinte, protecionistas (QUEIROZ, 2012, p. 105).

Embora essa realidade compartilhada não seja nova, assume perspectivas de real complexidade e, em um crescendo, desafia o sistema jurídico internacional em oferecer lastro empírico a situações pontualmente inconciliáveis, seja pelo direito em litígio (o conteúdo normativo concorrente e as responsabilidades embutidas) ou pelo espaço possível (jurisdicional) em que possa ser equalizado (AMARAL, 2016, p. 122). Exige-se, em outros termos, “o raciocínio jurídico como subsunção lógica” (MOROSINI; NIENCHESKI, 2014, p. 153). Ao mesmo tempo, o conceito de desenvolvimento sustentável – por ora, “amesquinhado à ingênua narrativa de que só teria três dimensões” (VEIGA, 2015, p. 147), a econômica, ambiental e social –, como exortação, é o veículo para que as regras comerciais e climáticas possam dialogar.

Como verificado, com a adoção do Acordo de Paris, o regime climático adquiriu universalidade de fato, isto é, passou a propugnar esforços de mitigação de GEE e/ou de adaptação às mudanças do clima comunicados pelos Estados, as NDC, deixando em aberto o tipo de ação que as Partes podem exercer. Contudo, sem dispor de um órgão que assegure o *enforcement* de seus dispositivos. A abordagem flexível – *bottom-up* ou policêntrica – da nova política climática contém implicações potenciais para o comércio internacional, uma vez que pode dele usufruir em consonância com as diretrizes unilaterais domésticas (BARBI, 2017, p. 118). De seu lado, o regime multilateral de comércio sofreu importantes modificações nas últimas décadas. Embora mais institucionalizado que o do clima, também consiste em um regime flexível, com exceções e cláusulas de escape. Os membros da OMC incluem atualmente as principais nações comerciais do mundo, que, por seu turno, têm celebrado um número cada vez maior de acordos comerciais regionais, desafiando – em certa perspectiva – a relevância e o domínio da OMC. Esse contexto oferece riscos e oportunidades para a proteção climática global, porque as orientações são múltiplas e, em contrapartida, criam-se espaços para regras de apoio mútuo.

Nesse lance, interessa verificar se o regime multilateral de comércio instituído pela OMC é capaz de lidar com o conflito potencial em relação ao regime climático. Como regra, conflitos entre acordos ambientais multilaterais e as disposições da OMC devem ser resolvidos com base nas exceções gerais do artigo XX do GATT. Todavia, parte da literatura especializada – como o jurista belga Joost Pauwelyn, ex-consultor da OMC – aventa a possibilidade de uma medida protetiva ambiental não se enquadrar no referido artigo, prevalecendo um genuíno conflito entre comércio e clima. O Acordo de Paris prevê a possibilidade de conceder subsídios auxiliares ao processo de transição à “economia verde”. No entanto, a regulação dos subsídios pelo direito da OMC é bastante rígida, pormenorizada no Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, logo não seria possível se valer do argumento do artigo XX do GATT nesse caso (AMARAL, 2016, p. 175).

Constata-se, dessa forma, ser admissível um conflito entre o regime multilateral de comércio e o das mudanças climáticas. Os dois regimes até hoje coexistiram sem impasses severos. Porém, ainda localizadas e solucionáveis, futuramente podem se avolumar as disputas relacionadas ao clima.

Posto isso, importa ressaltar que os dois regimes, cada um com suas circunstâncias, estejam espreitando um ponto de inflexão no horizonte próximo: o climático, com o desenrolar do Acordo de Paris, e o comercial internacional, na expectativa de que a Rodada de Doha finalmente se cumpra. Desse cômputo, sem dúvida, haverá consequências para o clima, o comércio e o desenvolvimento.

Ao final dessas considerações, serão apresentadas as principais características dos acordos comerciais regionais, entre elas, a função que desempenham na regulação de temas como as mudanças do clima e, nesse aspecto, o vínculo que mantêm com as políticas climáticas unilaterais dos países contratantes. É o que se faz nas seções seguintes.

3. OS ACORDOS COMERCIAIS REGIONAIS

Os acordos comerciais regionais (ACR) devem ser compreendidos como “acordos internacionais celebrados por escrito entre sujeitos de Direito Internacional e destinados a produzir efeitos jurídicos no Direito Internacional” (SILVA, 2014, p. 389)⁹. Particularizam-se por operarem no contexto de trocas comerciais estatais (no domínio de bens, serviços e propriedade intelectual) e por se distinguirem dos acordos celebrados em âmbito do sistema multilateral da OMC, já que são regionais, englobando alguns Estados¹⁰.

Apesar da nomenclatura autoexplicativa, o caráter regional, em semântica estrita, não define corretamente os atuais ACR. Inúmeros Estados que não são vizinhos imediatos passaram a celebrá-los, de modo que existem, por exemplo, ACR “transpacíficos” e “transatlânticos” em processo¹¹. Ainda que tornada menos precisa, a OMC e a literatura seguem utilizando a expressão “acordos comerciais regionais” pela nota característica que manifesta: o aspecto discriminatório em relação aos demais membros da OMC, isto é, por consistir em exceção ao princípio da não discriminação (SILVA, 2014, p. 389).

A premissa da OMC, desde o surgimento do GATT, foi de controlar e limitar a discriminação, não a de eliminá-la (FONSECA JUNIOR, 2008, p. 80). É nesse sentido que o arcabouço jurídico da OMC autoriza e limita a formação de ACR. Desse modo, para que sejam arrefecidos eventuais efeitos de desvio de comércio entre os membros da OMC que celebrem ACR – e, hoje, todos os 164 membros da OMC fazem parte de pelo menos um ACR –, foram determinados critérios com essa finalidade, previstos essencialmente no artigo XXIV do GATT; no artigo V do Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS) – para os ACR que afetam o comércio de serviços –; e, ainda, na chamada Cláusula de Habilitação, apta a ensejar um tratamento diferenciado e mais favorável aos países em desenvolvimento celebrantes de ACR (SILVA, 2014, p. 388).

O regionalismo comercial existe desde o GATT, porém é possível situar que se tornaram mais frequentes a partir das negociações da Rodada Uruguai (1986-1994) e com a formação e o fortalecimento de blocos comerciais na Europa e nas Américas – como o Nafta e o Mercosul¹² – no final da década de 1980 e início dos anos 1990. No contexto da globalização, verificou-se nos ACR a possibilidade de alargar o acesso ao mercado, promover objetivos de política externa e influenciar nas políticas dos parceiros comerciais (FERREIRA; BOSCO, 2017, p. 257). Como resultado, nas últimas décadas, deu-se “uma verdadeira proliferação de ACR” (SILVA, 2014, p. 388) e, diante desse cenário, o tônus operacional de controle e avaliação da OMC foi comprometido, perdendo efetividade. Nos últimos anos, no entanto, o Comitê de Acordos Comerciais Regionais (munido de setores auxiliares) vem recobrando o fôlego como controlador

9 Didaticamente, optou-se neste artigo por fazer menção aos ACR em terminologia genérica, afastando as suas classificações pomenorizadas, sejam clássicas ou recentes.

10 Importante registrar que os acordos podem ser constituídos por grupos de Estados, como nos casos de ACR compostos por ACR preexistentes.

11 Tratam-se, por exemplo, do Tratado de Parceria Transpacífica (*Trans-Pacific Partnership* – TPP) e do Tratado de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (*Transatlantic Trade and Investment Partnership* – TTIP). O primeiro, ao que parece, tornou-se inviável após a saída dos EUA, um de seus 12 membros; o segundo, que pretende unir EUA e União Europeia, segundo o *site* da OMC, permanece em negociações reservadas.

12 Respectivas siglas de North American Free Trade Agreement e Mercado Comum do Sul.

mais ativo dos negócios regionais notificados, privilegiando a transparência desses acordos perante a OMC (SILVA, 2014, p. 392).

Estima-se que até janeiro de 2019, 467 ACR estavam em vigência no mundo. Embora oficiais, esses valores são aproximados porque a metodologia de contagem adotada pela OMC é peculiar: mesmo que seja único, ACR abrangendo bens e serviços são contabilizados de forma independente; fora isso, a adesão de novos membros a um ACR existente é considerada como um novo ACR (OMC, 2019a).

De todo modo, verificou-se um considerável incremento das notificações da OMC em relação às realizadas na era GATT. Os dados – da OMC e, no caso, os externos a ela – sobre o volume de comércio movimentado pelos ACR não são precisos, principalmente porque inexistente uma base padronizada de medição. Entretanto, meramente a título informativo, estimou-se que 30 a 35% do comércio internacional entre 2004 e 2005 ocorreram no contexto de ACR (BANCO MUNDIAL, 2005, p. 40-41).

Por certo, são multifacetadas as motivações que levam os países ao estabelecimento de ACR. Uma das justificativas plausíveis para a corrente profusão desses acordos diz respeito aos impasses e à relativa morosidade das negociações no campo multilateral comercial, de maneira que coube aos Estados – sujeitos racionais autointeressados – “um atalho” pela via regional na satisfação de suas preferências (FONSECA JUNIOR, 2008, p. 83). No sistema regional, é maior o grau de afinidade entre um número menor de parceiros (CAPUCIO, 2014, p. 339). Para os países em desenvolvimento, a abertura dos mercados por meio de ACR se demonstra mais razoável e segura, dada a possibilidade de uma exposição econômica gradual no cenário de concorrência externa (SILVA, 2014, p. 394). Além disso, diante da atual configuração de governança internacional – e das relações de poder e de assimetria inerentes –, formada por redes interdependentes de regulação entre políticas públicas domésticas e globais, a existência maciça dos ACR significa a multiplicação de espaços regulatórios – para além dos albergados pela OMC – e, também, uma oportunidade de novos negócios, ainda que possam conflitar em maior ou menor grau com o sistema multilateral de comércio (SILVA, 2014, p. 388).

No propósito de preenchimento do espaço de regulamentação de temas negligenciados pela agenda multilateral, a expansão de modelos regulatórios regionais é a principal característica do que vem sendo chamado de “regionalismo do século XXI” (CAPUCIO, 2014, p. 338), distinto do regionalismo existente já à época do GATT, pois revestido de relevância quantitativa e qualitativa, de maneira que “motivações políticas e estratégicas são subjacentes à formação desses acordos [...], que vão muito além da mera liberalização tarifária” (FONSECA JUNIOR, 2008, p. 83). Trata-se, em suma, de um regionalismo relacionado às mudanças geográficas dos recursos mundiais de poder em sentido mais amplo, um regionalismo aberto em razão de “sua interação com o mercado exterior e com a liberalização multilateral” (SANCHEZ-BADIN; TASQUETTO, 2013, p. 111). Nessa perspectiva, “haveria uma tendência de conjugação dos ACR com a abertura econômica multilateral, como mecanismo mediante o qual os governos conduziram sua inserção econômica mantendo relativa autonomia política” (CAPUCIO, 2014, p. 338-339), uma espécie de “multilateralização do regionalismo” (FONSECA JUNIOR, 2008, p. 84). O ponto, em síntese, não se trata do futuro do sistema multilateral de comércio, mas de esmaecer do regionalismo o seu caráter de exceção, tornando-o regra (FONSECA JUNIOR, 2008, p. 84).

É importante mencionar, mesmo de passagem, que cada ACR possui o seu próprio mecanismo de solução de controvérsia – útil no trato de questões regionais específicas –, de forma que, por conseguinte, mantida a lide regional, o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC tende a ser requisitado. Desenha-se, assim, um sistema jurídico internacional realizado

por meio de acumulação normativa e forçado a manter-se suficientemente coeso (SILVA, 2014, p. 392 e 398).

Por último, ainda que também levem ao aumento de comércio – ou tornem o fluxo comercial mais regular –, não devem ser desconsiderados os ganhos não-tradicionais estabelecidos na confecção de ACR, como os voltados à segurança em situação de guerra ou às reformas domésticas de variadas ordens. Entre esses ganhos, também podem ser manejados os ambientais.

Os ACR constituem atualmente instrumentos essenciais na vida comercial dos Estados e seguirão a coexistir com o sistema multilateral. Independente de certa dose de compulsória resignação, é realista a postura da OMC diante da abundância de acordos regionais. Discursivamente, a OMC alega que a integração regional deve complementar o sistema comercial multilateral, sem que exatamente o ameace, enaltecendo que o regionalismo não é um fim em si. Considera que certos temas, como as reduções de subsídios agrícolas, só podem ser administrados em perspectiva mundial. O cerne da questão, afirma a OMC, não é o avanço dos ACR, mas a estagnação quase integral das negociações multilaterais (OMC, 2014, p. 68).

Em resumo, entre outras classificações possíveis, identificam-se ao menos quatro tendências no regionalismo atualmente praticado:

- (i) o protagonismo desses Acordos [ACR] nas políticas comerciais da maior parte dos Estados, superando a primazia do sistema multilateral; (ii) o crescente nível de sofisticação, nas áreas de normatividade e nos parceiros não necessariamente em contiguidade geográfica; (iii) o aumento dos acordos Norte-Sul, entre países desenvolvidos e em desenvolvimento; e (iv) a expansão e consolidação de um crescente número de ACR bilaterais entre blocos regionais de comércio de dimensão continental (CAPUCIO, 2014, p. 339).

No arremate desta seção, convém reforçar que a discussão do regionalismo no contexto comercial ganhou novo significado com a proposta de acordos megarregionais. Sem adentrar na viabilidade das propostas divulgadas – do TTP e TTIP, por exemplo –, ACR nesses moldes representam uma possibilidade futura de importante impacto comercial, tanto pela abrangência de mercado quanto pelas regras de coerência regulatória. Por um lado, os acordos megarregionais podem influenciar no desenvolvimento das disposições multilaterais e, por outro, diminuir consideravelmente o número de ACR, até mesmo cooptando-os (LEAL-ARCAS, 2014, p. 377).

4. OS ACORDOS COMERCIAIS REGIONAIS E A QUESTÃO CLIMÁTICA

Foi a partir da década de 2000, quando o aquecimento global despontou como tema de preocupação mundial – a ponto do IPCC, braço científico climático da Organização das Nações Unidas, receber o Prêmio Nobel da Paz em 2007 –, que as regras decorrentes da interface clima-comércio passaram a ingressar no espaço regulatório dos ACR. Verifica-se, desde então, que “o meio ambiente tornou-se uma das correntes principais à efetiva integração do comércio” (MOROSINI; NIENCHESKI, 2014, p. 159). Embora, como visto, seja o *status* jurídico do regime climático predominantemente de *soft law* – de legítimos “guias de conduta sem obrigação” (GONÇALVES; COSTA, 2015, p. 104) –, isso não o impediu de estimular objetivos concretos. Evidentemente, apesar do feito a ser considerado, são variáveis o alcance e a profundidade dos dispositivos climáticos nos ACR, mas, ao mesmo tempo, a depender do engajamento e da necessidade dos contratantes, guardam um promissor potencial para a introdução e a experiência de regras entre clima e comércio.

A agenda ambiental é relativamente recente, mais ainda a ambiental climática, de modo que, associadas ao comércio, exigem gradações regulatórias de alta complexidade, sendo o estágio contemporâneo um primeiro movimento para a compatibilização das incongruências crônicas entre o que vem sendo decidido e o que é praticado. De toda forma, a liberalização do comércio e a proteção do ambiente são igualmente necessárias para o desenvolvimento sustentável, que, não sendo um processo mecânico, exige condições de investimento e regulação (AMARAL, 2016, p. 39 e 41).

Considera-se que temas sensíveis, como o climático, para que sejam tratados com profundidade nos ACR, necessitam ter como ancoragem os recursos de poder dos países mais influentes no sistema comercial internacional, considerando que o poderio global desses Estados se redimensiona para mais no reduto dos acordos regionais. Assim, enquanto os ACR podem ser considerados atalhos no sistema multilateral, do mesmo modo os temas sensíveis estão ingressando por uma “porta lateral” no sistema da OMC, a via regional (SILVA, 2014, p. 394-395).

Embora a OMC e os ACR não sejam elementos estáticos – ou justamente por isso –, uma utilização cruzada e recíproca entre suas abordagens pode se estabelecer futuramente de modo mais concreto, fortalecendo o multilateralismo e a interação com temas considerados difíceis (SANCHEZ-BADIN; TASQUETTO, 2013, p. 112).

Com o objetivo comum de liberalização comercial, pode-se formar uma espécie de competição entre as esferas da OMC e dos ACR em benefício da primeira, na justa medida em que será possível expandir na seara multilateral a liberalização conquistada regionalmente (CAPUCIO, 2014, p. 340). Verifica-se que, “historicamente, a formação de ACR e a liberalização alcançada dentro deles sempre motivou os Estados para iniciar novas rodadas de negociação no âmbito multilateral” (SILVA, 2014, p. 395).

Em outros termos, em recorte lógico, temas sensíveis como o das mudanças climáticas obtêm maior proveito em negociações menos abrangentes – como a dos ACR – e, além disso, o gerenciamento aplicado a esses assuntos pode servir de paradigma para as regras multilaterais, isto é, “resistências para o aprofundamento do tratamento de determinados assuntos no sistema da OMC podem ser anuladas em nível regional” (CAPUCIO, 2014, p. 342).

Nessa perspectiva, tende a ser positiva a influência dos ACR na investigação mais detida do nexos comércio-clima no âmbito da OMC, ou seja, ao eventualmente servirem como espaço propício e adicional à discussão e compartilhamento de questões específicas, como as relacionadas ao clima, bem como fornecerem uma oportunidade de coordenação de posicionamentos a serem defendidos na arena multilateral climática, os ACR funcionariam como pontes entre o nacional, o regional e o global (LEAL-ARCAS, 2014, p. 381).

Em que pese o atual hiato regulatório do clima – o período descoberto de 2013 a 2020, quando vigoraria o segundo período do Protocolo de Quioto –, o Acordo de Paris, a partir de 2021, pode representar um documento decisivo para a valorização do multilateralismo, inclusive o comercial, e, por consequência, para os ACR, principalmente se coadunados com as políticas unilaterais domésticas de seus participantes. Se em um primeiro instante o texto “redigido em termos cautelosos” (ANTUNES, 2016, p. 20) do Acordo de Paris – na acomodação de interesses díspares entre Norte e Sul – representou um desenho flexível e demasiado aberto, também propiciou ser complementado por ações de proteção climática em âmbito local e, em particular, regional.

Por meio de políticas e padrões particularizados, não necessariamente inovadores, os ACR podem antecipar práticas, conflitos e aprendizagens acerca da conjugação entre o ganho comercial e a mitigação do risco climático, notadamente na consideração de que o Acordo de Paris, se materialmente levado a efeito, trará novas questões ao comércio. Os ACR são capazes de avocar as medidas das políticas climáticas unilaterais mediante o alinhamento das regras

entre os parceiros comerciais, esclarecendo as diretrizes de investimento e as disposições relacionadas com a resolução de litígios (LEAL-ARCAS, 2014, p. 390).

Como sabido, a adesão ao regime climático e às disposições comerciais internacionais – da OMC e dos ACR – implica em pelo menos dois movimentos político-legais interdependentes, a decisão doméstica do Estado em aderir às regras internacionais e um consenso de engajamento recíproco entre os agentes. Dá-se, assim, uma conjunção de aspectos de política externa e interna, um enquadramento que deve ser coerente o bastante – ou assim aparentar ser – a ponto de não gerar desconfiança na comunidade internacional ou no Estado parceiro a respeito do país. Em momento posterior, quando já internalizados os compromissos internacionais, vem a fase de cumprimento das regras (*compliance*) e, nessa etapa, os múltiplos atores internos e os aspectos de governança multinível tornam-se cruciais. Em suma, ainda que fatores externos sejam altamente consideráveis, é a vontade doméstica que determina o cumprimento ou não das regras internacionalmente assumidas (AMARAL, 2016, p. 257-258).

Nesse sentido, as NDC dos países, também como elementos balizadores de política externa, justificam a existência de incentivos à adoção de barreiras comerciais de cunho climático – com vistas a proteger a competitividade dos setores intensivos em carbono –, em especial pelos países celebrantes de ACR, que, além de vinculá-las em seus acordos comerciais, podem aprimorar a correspondência ou convergência de suas NDC. A parcela de flexibilidade do regime multilateral de comércio e, mais ainda, dos ACR, pode autorizar medidas restritivas ao comércio a partir do mote do aquecimento global (AMARAL, 2016, p. 132). Justificada a necessidade e o preço empregados, uma barreira comercial relacionada com a regulação doméstica ou conjunta de GEE é compatível com as normas da OMC (MOTTA, 2011, p. 230), como “uma proibição à importação de produtos ineficientes energeticamente ou com alto nível de emissão de CO₂” (AMARAL, 2016, p. 132). Contudo, a correlação entre emissões e produtos, em específico, é algo ainda irresoluto, visto que as emissões de GEE são de processo, não integralmente incorporadas ao bem final (MOTTA, 2011, p. 218-219).

Por certo, toda essa difusão abstrata, temporal e espacial, trazida pelo “dever ser” das relações entre risco climático e comércio, tanto em âmbito regional quanto internacional, contrasta com as negociações – por si só complexas – do direito do comércio internacional, mas, ao mesmo tempo, espelha circunstâncias bastante pragmáticas e serve como filtro e desafio para uma visão de mundo sistêmica em um contexto de interdependência prática.

Algumas das perspectivas anteriormente atribuídas aos ACR podem ser visualizadas no comércio internacional, sobretudo nos acordos estabelecidos pela União Europeia a partir dos anos 2000 (LEAL-ARCAS, 2014, p. 411). Como exemplos pontuais e meramente ilustrativos dessa assertiva, é possível citar os ACR que este Estado-região celebrou com países da América do Sul e com a Coreia.

Vigente desde 2013, o ACR plurilateral sobre bens e serviços firmado entre a Colômbia e o Peru com a União Europeia – cabe lembrar, ela mesma estruturada como ACR *lato sensu* –, afirma entre os seus objetivos a promoção do comércio internacional de maneira a contribuir com o desenvolvimento sustentável (artigo 4º, “j”) e, nesse sentido, aborda explicitamente as mudanças climáticas – como preocupação comum e global – no artigo 275, referidas ao longo do documento e, em particular, no artigo 286, acerca da cooperação em matéria de comércio e sustentabilidade ambiental. No artigo 270, este ACR elenca o rol de acordos ambientais multilaterais considerados pelas Partes, entre eles, como esperado, a Convenção-Quadro e seus acordos climáticos complementares (OMC, 2019b).

Também o ACR bilateral celebrado em 2010 pela União Europeia e a Coreia sobre bens e serviços aborda de modo expresso a relação entre o comércio regional, os acordos ambientais multilaterais e as mudanças do clima (artigo 13.1). De tal modo nuançado, ressalva que não

pretende harmonizar as regras ambientais às quais se refere, mas tão somente reforçar as relações comerciais e a cooperação em prol do desenvolvimento sustentável (artigo 13.1, 3) (OMC, 2019c).

Por seu turno, sendo o comércio internacional entendido como “um lugar privilegiado para a expressão de uma visão do mundo” (QUEIROZ, 2012, p. 61), cita-se que o ACR bilateral entre os EUA e a Coreia sobre bens e serviços, vigente desde 2012, em razão de o primeiro país ser um oponente do regime climático aos moldes como este tem se construído multilateralmente, inexistente menção às alterações do clima, embora sejam mencionados tratados ambientais menos proeminentes (artigo 20.2) (OMC, 2019d).

Posto isso, particularmente entre os países em desenvolvimento, cabe rememorar que o Brasil e a Argentina, ao lado do Paraguai, Uruguai e da Bolívia, estão localizados no sistema hidrográfico da Bacia Platina e firmaram entre si o Tratado da Bacia do Prata, em vigor a partir de 1970, um “instrumento internacional destinado a preservar a fauna e a flora da região, paralelamente à exploração econômica” (MAGALHÃES, 2017, p. 49). Aproximados à dicção do artigo 2º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, os conceitos de tratado e de ACR se equivalem. É dizer: assim como o TTP e o TTIP referidos em seção anterior, o Tratado da Bacia do Prata é análogo a um ACR. Nessa perspectiva, dada a importância da agricultura e da geração de energia hídrica para os países da região platina, a variável climática, que torna esse espaço vulnerável, foi expressamente internalizada a partir do ano 2000 com o “Programa Marco para a Gestão Sustentável dos Recursos Hídricos da Bacia do Prata”, que, conforme seu *site*, almeja capitalizar “oportunidades para o desenvolvimento [...] no contexto da variação e mudança climática” (PROGRAMA MARCO, 2019).

Sucintamente exposto o manejo diversificado conferido na atualidade à temática do clima nos ACR, bem como algumas de suas possibilidades, afirma-se que as disposições climáticas em ACR tendem a se enquadrar em três espécies de estágios ou tipologias, sendo que o momento contemporâneo representaria o trânsito – mais ou menos vagaroso – entre os dois primeiros tipos.

No primeiro tipo de ACR, as disposições ambientais são genéricas, dizem respeito ao macrobem ambiental sem pormenorizar o sistema climático, a atmosfera ou as mudanças do clima. Incluem referências preambulares ao ambiente e, por vezes, citam princípios *jusambientais* consagrados, como o da prevenção. Além disso, na medida em que as referências a acordos ambientais multilaterais não são específicas (em forma de listagem, por exemplo), qualquer liame expresso entre o ACR e acordos ambientais pode incluir os tratados climáticos. Com efeito, nos ACR as disposições ambientais gerais serão sempre justificadas pelo artigo XX do GATT (LEAL-ARCAS, 2014, p. 413-415).

Um segundo tipo de previsão visa notoriamente promover ou facilitar o comércio e investimentos em setores relevantes para o clima. Isso inclui, entre outras, disposições incentivadoras da liberalização comercial de bens e serviços “verdes”, que regulem subsídios ao setor energético – das energias renováveis, em especial – e, ainda, removam barreiras não tarifárias (por meio da harmonização de padrões, por exemplo). Nessa tipologia, pode ocorrer referência aos princípios dominantes do regime climático, como o da precaução – associado aos riscos abstratos, não passíveis de previsão e controle, dos quais as mudanças do clima são ilustração (BECK, 2017) – e o das “responsabilidades comuns, porém diferenciadas” (LEAL-ARCAS, 2014, p. 413-415).

A última tipologia – o modelo ideal – diz respeito àqueles ACR que intentam aprofundar a cooperação sobre mudanças climáticas entre os contratantes. Para tanto, inclui objetivos para robustecer os esforços da política internacional do clima e, ainda, reafirma os compromissos existentes nos tratados climáticos. Elenca questões específicas acerca de ações (de mitigação ou

adaptação) e setores economicamente estratégicos, como o agrícola e florestal (LEAL-ARCAS, 2014, p. 413-415). Nesse contexto, as atribuições das Partes podem inovar os compromissos assumidos pelas NDC ou até mesmo diversificar os mecanismos de redução de GEE previstos nos documentos do regime climático.

Conforme demonstrado, a questão climática está presente nos ACR e, faticamente, tem o condão de condicioná-los em maior ou menor grau. Múltipla em possibilidades, a linha de equilíbrio entre a proteção ambiental e a liberalização regional do comércio é dinâmica e se move a depender das circunstâncias dos casos específicos (seus custos e benefícios) e da vontade dos Estados contratantes.

Em arremate, na consideração sistêmica dos ACR *per se*, é fato que, vigorosamente estabelecidos e propagados, acirram os debates: os ACR têm potencial para “minar o sistema multilateral de comércio” (STIGLITZ, 2007, p. 431), ao passo que também podem complementar os objetivos do regime climático e, nesse largo espectro de causalidades e aparentes dissonâncias lógicas, ressignificar a estrutura do comércio internacional como atualmente concebida. Com a OMC, o desenho piramidal do sistema comercial internacional colocou o multilateralismo no topo, o regionalismo no centro e as políticas comerciais domésticas dos Estados na base. Com o vasto número de ACR contabilizados atualmente, permanece a dúvida sobre a validade e a verticalidade dessa estrutura. De outro lado, ao eleger o mote climático e conciliá-lo com as disposições comerciais, isto é, com fortes capítulos sobre o clima, os ACR podem ser a via efetiva para reduzir as emissões de GEE e atribuir concretude ao regime climático global (LEAL-ARCAS, 2014, p. 415-417).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O comércio mundial mudou significativamente nas últimas décadas e, ao lado de novos arranjos de recursos de poder – como o surgimento de economias emergentes ou a proliferação de ACR –, surgiu a necessidade de contato com questões difíceis e deslocadas de seus interesses prioritários, como as mudanças do clima. De diferentes maneiras e intensidades, esses aspectos coexistem, se relacionam e complexificam este recorte histórico. A atmosfera, de “depósito” comum sem restrições de acesso, passou a ser ponta final das disputas entre o interesse privado dos agentes – entre eles, os Estados – e o aventado benefício coletivo do mundo, de *res nullius* a bem da humanidade. Ao que se comprova, suscitando uma abertura em andamento, que, paulatina e sob a égide do contraditório (na acomodação ou postergação de resistências e conflitos decorrentes), empreende a regulação de eventos anteriormente rechaçados. Dessa maneira, aos poucos se esvai a mentalidade que privilegiava a opção pelo dano.

É nesse sentido que o surgimento do Acordo de Paris, um processo que só será finalizado nos próximos anos, indica a conquista estratégica de estimular condutas voluntárias e, a esse pretexto, angariar uma adesão recorte, em quantidade e velocidade. Quanto ao nível qualitativo do que virá – as NDC ofertadas e futuramente aplicadas pelos países –, diante do descompasso entre os interesses do mundo, é factível que se valorize o gesto. O Acordo de Paris, nesse trecho, reinventou a dinâmica sem alterar o bojo e, desse modo, o *enforcement* reconhecidamente fraco do regime do clima abastece pedagógica, política e juridicamente a interdependência das nações, inclusive no sistema *hard* do comércio.

No percurso teórico desenvolvido, verificou-se que o regime climático e o sistema multilateral do comércio mantêm crescente sinergia, embora, objetivando cada um temáticas próprias, possam conflitar a respeito de barreiras ou exceções de cunho ambiental. Por ora, as poucas questões enfrentadas pela OMC com vínculo climático implícito não resultaram no

aprofundamento de interpretações jurídicas ou disputa entre regimes. Dada a dificuldade de conciliar os assuntos de praxe nas rodadas de negociações, o sistema da OMC passa por um período de forçosos intentos conciliatórios e retomada de ações. Por sua vez, todos Estados que dela são membros – interessados na participação e na relativa autonomia do comércio internacional – têm, hoje, ao menos um acordo comercial regional celebrado e em andamento. Como visto, respeitadas as exigências estabelecidas, inexistem impeditivos do sistema multilateral aos pactos regionais de comércio. Os ACR, por envolverem um número mais restrito de países e com interesses semelhantes, atribuem um tratamento mais flexível às negociações e aos modos de transações.

Essa flexibilidade, em síntese, é também aplicável às disposições de proteção climática que podem ser objeto de acolhida no regionalismo comercial. Desse modo, orientados, mas não restritos às suas NDC (já que as obrigações podem ser ampliadas), os Estados contratantes têm a faculdade de negociar cláusulas climáticas (e suas repercussões políticas, econômicas, financeiras, ambientais) com o interesse de mitigar o aquecimento global e fomentar mercados, sem que, contudo, infrinjam as regras comerciais. Dessa maneira, os ACR podem complementar ou aprofundar as orientações do regime climático e, além disso, contribuir para uma melhor abordagem do clima no sistema multilateral da OMC. Infere-se, dessa forma, que são mais abrangentes as possibilidades contidas nos ACR – em relação ao sistema multilateral – para contribuir para o regime climático global, o que poderia acarretar, no limite, reformas explícitas sobre o modo como os regimes se relacionam entre si.

É certo que este estudo tratou de objetos verdadeiramente densos e amplos, porém associados em seus elementos mais notórios, intentando o objetivo modesto de aproximações e contatos entre eles. Reconhece-se, contudo, o emaranhado de dimensões que o recorte escolhido aciona. De toda sorte, a consideração dos ACR como *locus* possível de proteção climática – com vistas a um alcance fático mais abrangente – suscita um novo enquadramento na irresoluta acomodação entre os ideários do desenvolvimento e da sustentabilidade ambiental.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Manuela Kirschner do. **Padrões privados ambientais e os regimes de mudança climática e da OMC: conflito ou convergência?** São Paulo: Aduaneiras, 2016.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. **A solução de controvérsias na OMC.** São Paulo: Atlas, 2008.

ANTUNES, Tiago. We'll always have Paris... Breve análise do acordo climático negociado na COP 21 (Acordo de Paris). In: CAÚLA, Bleine Queiroz; ARRUDA, Gerardo Clésio Maia; CARMO, Valter Moura do (Orgs.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BANCO MUNDIAL. **Global economic prospects 2005: trade, regionalismo and development.** Washington: The World Bank, 2005. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/14783>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BARBI, Fabiana. O desafio das mudanças climáticas: a internalização política da questão climática no Brasil e na China. In: FERREIRA, Leila da Costa (Org.). **O desafio das mudanças climáticas: os casos Brasil e China.** Jundiaí: Paco, 2017.

BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo**: como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade. Lisboa: 70, 2017.

BODANSKY, Daniel; BRUNNÉE, Jutta; RAJAMANI, Lavanya. **International Climate Change Law**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

CAPUCIO, Camilla. A OMC e o regionalismo do século XXI: estratégia de imposição de modelos normativos? **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, p. 336-348, 2014. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3158/pdf>>. Acesso em: 4 mar. 2019.

CONTIPELLI, Ernani de Paula. Política internacional climática: do consenso científico à governança global. **Revista Direito & Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 9, n. 2, p. 82-94, 2018. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/644/556>>. Acesso em: 2 mar. 2019.

CUNHA, Kamyla Borges da; REI, Fernando; WALTER, Arnaldo Cesar. Desafios à efetividade do regime climático internacional. In: REI, Fernando et al. **Direito e desenvolvimento**: uma abordagem sustentável. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Genebaldo Freire. **Mudança climática e você**: cenários, desafio, governança, oportunidades, cinismos e maluquices. São Paulo: Gaia, 2014.

FERREIRA, Leila da Costa; BOSCO, Estevão. Mudanças ambientais globais e políticas climáticas na China e no Brasil: uma visão do cosmopolitismo metodológico. In: FERREIRA, Leila da Costa (Org.). **O desafio das mudanças climáticas**: os casos Brasil e China. Jundiaí: Paco, 2017.

FONSECA JUNIOR, Gelson. **O interesse e a regra**: ensaios sobre o multilateralismo. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José Augusto Fontoura. **Governança global e regimes internacionais**. São Paulo: Almedina, 2011.

_____. Governança ambiental global: possibilidades e limites. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; REI, Fernando (Coords.). **Direito Ambiental Internacional**: avanços e retrocessos. São Paulo: Atlas, 2015.

IPCC (PAINEL INTERGOVERNAMENTAL SOBRE MUDANÇAS CLIMÁTICAS). **Fourth Assessment Report (AR-4). Fifth Assessment Report (AR-5)**. Genebra, 2007, 2013. Disponíveis em: <<https://www.ipcc.ch/reports/>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

KÄSSMAYER, Karin; FRAXE NETO, Habib Jorge. **A entrada em vigor do Acordo de Paris**: o que muda para o Brasil? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, 2016. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td215>>. Acesso em: 23 fev. 2019.

LEAL-ARCAS, Rafael. **Climate change and international trade**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2014.

MAGALHÃES, José Carlos de. **Direito econômico internacional: tendências e perspectivas.** Curitiba: Juruá, 2017.

MOROSINI, Fabio Costa; NIENCHESKI, Luisa Zuardi. A relação entre os tratados multilaterais ambientais e os acordos da OMC: é possível conciliar o conflito? **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 11, n. 2, p. 150-168, 2014. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3082/pdf>>. Acesso em: 4 mar. 2019.

MOTTA, Ronaldo Seroa da. Barreiras comerciais nas políticas de regulação de gases de efeito estufa. In: MOTTA, Ronaldo Seroa da et al. **Mudança do clima no Brasil: aspectos econômicos, sociais e regulatórios.** Brasília: Ipea, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_mudancadoclima_port.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2019.

OMC (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO). **Trade and climate change: a report by the United Nations Environment Programme and the World Trade Organization.** 2009. Disponível em: <https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/trade_climate_change_e.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. **Rapport annuel 2014.** 2014. Disponível em: <https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/anrep14_e.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. **Acordos comerciais regionais.** 2019a. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm#facts>. Acesso em: 14 mar. 2019.

_____. **União Europeia – Colômbia e Peru.** 2019b. Disponível em: <<http://rtais.wto.org/UI/PublicShowMemberRTAIDCard.aspx?rtaid=692>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

_____. **União Europeia – Coreia.** 2019c. Disponível em: <<http://rtais.wto.org/UI/PublicShowMemberRTAIDCard.aspx?rtaid=167>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

_____. **Coreia – Estados Unidos.** 2019d. Disponível em: <<http://rtais.wto.org/UI/PublicShowMemberRTAIDCard.aspx?rtaid=183>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). **Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima.** Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <<https://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

_____. **Protocolo de Quioto.** Quioto, 1997. Disponível em: <<https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

_____. **Emenda de Doha ao Protocolo de Quioto.** Doha, 2012. Disponível em: <https://unfccc.int/files/kyoto_protocol/application/pdf/kp_doha_amendment_english.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2019.

_____. **Acordo de Paris.** Paris, 2015. Disponível em: <https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2019.

_____. **Acordo de Paris – status da ratificação**. 2019a. Disponível em: <<https://unfccc.int/process/the-paris-agreement/status-of-ratification>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. **A Emenda de Doha**. 2019b. Disponível em: <<https://unfccc.int/process/the-kyoto-protocol/the-doha-amendment>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

PROGRAMA MARCO. **Programa Marco para a Gestão Sustentável dos Recursos Hídricos da Bacia do Prata**. 2019. Disponível em: <<https://projetoscic.org/>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

QUEIROZ, Fábio Albergaria de. **Meio ambiente e comércio internacional**. Curitiba: Juruá, 2012.

SANCHEZ-BADIN, Michelle Rattón; TASQUETTO, Lucas da Silva. Os acordos de comércio para além das preferências: uma análise da regulamentação sobre os “novos temas”. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 105-126, 2013. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2381/pdf>>. Acesso em: 5 mar. 2019.

SILVA, Alice Rocha da. O redimensionamento da OMC no trato dos acordos comerciais regionais. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 11, n. 2, p. 386-402, 2014. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3201/pdf>>. Acesso em: 4 mar. 2019.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2003.

STIGLITZ, Joseph. **Globalização: como dar certo**. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

THORSTENSEN, Vera. **OMC – Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a rodada do milênio**. São Paulo: Aduaneiras, 1999.

VEIGA, José Eli da. Entrevista 8. In: ARNT, Ricardo (Org.). **O que os economistas pensam sobre sustentabilidade**. São Paulo: 34, 2010.

_____. A desgovernança climática. In: VEIGA, José Eli da (Org.). **O imbróglio do clima: ciência, política e economia**. São Paulo: Senac São Paulo, 2014.

_____. **Para entender o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: 34, 2015.

VIOLA, Eduardo; BASSO, Larissa. O sistema internacional no Antropoceno. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 31, n. 92, p. 1-18, 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v31n92/0102-6909-rbcsoc-3192012016.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

VIOLA, Eduardo; FRANCHINI, Matías; RIBEIRO, Thais Lemos. **Sistema internacional de hegemonia conservadora: a governança global e democracia na era da crise climática**. São Paulo: Annablume, 2013.



UNIPÊ

Centro Universitário
de João Pessoa