



**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS  
VOLUME 8**

**V CONGRESSO  
INTERNACIONAL DE DIREITOS  
HUMANOS DE COIMBRA  
uma visão transdisciplinar**

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)

Série Simpósios do V CIDHCoimbra 2020  
ISBN 978-65-89537-08-3

# V CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: UMA VISÃO TRANSDISCIPLINAR

## ORGANIZAÇÃO:



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



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

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

**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS DO V  
CIDHCoimbra 2020  
VOLUME 8**

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)

**1ª edição**

**Campinas /Jundiaí - SP - Brasil  
Editora Brasília / Edições Brasil / Editora Fibra  
2021**

© Editora Brasília / Edições Brasil / Editora Fibra - 2021

Supervisão: César Augusto Ribeiro Nunes  
Capa e editoração: João J. F. Aguiar  
Revisão ortográfica: os autores, respectivamente ao capítulo  
Revisão Geral: Comissão Organizadora do V CIDHCoimbra 2020

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

Conselho Editorial Edições Brasil: João Carlos dos Santos, Dimas Ozanam Calheiros, José Fernando Petrini, Teresa Helena Buscato Martins.

Conselho Editorial Editora Fibra: Dra. Maria Cristiani Gonçalves Silva (INPPDH), Dr. Francisco Evangelista (UNISAL), Ms. Jean Camoleze (CEDEM-Unesp-Casa do Povo), Dr. Jorge Alves de Oliveria (SEE-SP), Dr. Sidnei Ferreira de Vares (UNIFAI), Dr. Thiago Rodrigues (UNIFAI), Ms. Guilherme de Almeida (INPPDH), Dra. Daniela Ferreira (OBVIE-UP-Portugal), Dra. Louise Lima (OBVIE-UP-Portugal), Dr. Emerson Vicente da Cruz (UB/OAC-Barcelona-Espanha).

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei 9610 de 19/02/1998. Todas as informações contidas nesta obra são de exclusiva responsabilidade dos autores.

As figuras deste livro foram produzidas pelos autores, sendo exclusivamente responsáveis por elas. A imagem da capa foi obtida na Adobe Stock por João J. F. Aguiar.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida ou transmitida por qualquer meio, sem previa autorização por escrito das editoras. O mesmo se aplica às características gráficas e à editoração eletrônica desta obra. Não é permitido utilizar esta obra para fins comerciais. Quando referenciada, deve o responsável por isto fazer a devida indicação bibliográfica que reconheça, adequadamente, a autoria do texto.

Cumpridas essas regras de autoria e editoração, é possível copiar e distribuir essa obra em qualquer meio ou formato

Alguns nomes de empresas e respectivos produtos e/ou marcas foram citadas apenas para fins didáticos, não havendo qualquer vínculo das mesmas com a obra.

A editora, os organizadores e os autores acreditam que todas as informações apresentadas nesta obra estão corretas. Contudo, não há qualquer tipo de garantia de que o uso das mesmas resultará no esperado pelo leitor. Caso seja(m) necessária(s), as editoras disponibilizarão errata(s) em seus sites.

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

N9221a Nunes, César Augusto R.

Anais de Artigos Completos do V CIDHCoimbra 2020 - Volume 8 / César Augusto R. Nunes et. al. (orgs.) [et al.] – Campinas / Jundiaí: Editora Brasília / Edições Brasil / Editora Fibra, 2021.

471 p. Série Simpósios do V CIDHCoimbra 2020

Inclui Bibliografia

ISBN: 978-65-89537-08-3 / 978-65-86051-35-3

1. Direitos Humanos I. Título

CDD: 341

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

**V CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS  
HUMANOS DE COIMBRA: uma visão transdisciplinar**

13 a 15 de Outubro de 2020 – Coimbra/Portugal

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)

**VOLUME 8 - Composição dos Simpósios:**

<p><b>Simpósio n.º. 45</b></p> <p>O FUTURO DAS EMPRESAS E DOS DIREITOS HUMANOS: CONQUISTAS, DESAFIOS E PERSPECTIVAS</p> <p><b>Coordenadores:</b> Laura Íñigo Álvarez e Francisco Antonio Domínguez Díaz</p>
<p><b>Simpósio n.º. 46</b></p> <p>DIREITOS HUMANOS, OPINIÕES VOLÁTEIS, FAKE NEWS, RESPONSABILIDADE CIVIL, SOCIAL E AMBIENTAL</p> <p><b>Coordenadores:</b> Luiz Alberto de Farias e Benedita de Fátima Delbono</p>
<p><b>Simpósio n.º. 47</b></p> <p>MEIO AMBIENTE COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL</p> <p><b>Coordenadores:</b> Ana Cristina de S. Serrano Mascarenhas e Antônio Carlos Pereira</p>
<p><b>Simpósio n.º. 49</b></p> <p>DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO UM DIREITO HUMANO NA ERA DO ANTROPOCENO: GOVERNANÇA, GLOBALIZAÇÃO, SEGURANÇA PÚBLICA E DIPLOMACIA AMBIENTAL</p> <p><b>Coordenadores:</b> Karla Karolina Harada Souza e Wagner Balera</p>
<p><b>Simpósio n.º. 50</b></p> <p>UMA ABORDAGEM DA CORRUPÇÃO À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS? DESAFIOS E (ÍM)POSSIBILIDADES</p> <p><b>Coordenadores:</b> Jónatas E. Mendes Machado e Eduardo A. da Silva Figueiredo</p>
<p><b>Simpósio n.º. 53</b></p> <p>DIREITOS HUMANOS E CULTURAS JURÍDICAS</p> <p><b>Coordenadores:</b> Fernanda Duarte e Rafael Mario Iorio Filho</p>
<p><b>Simpósio n.º. 55</b></p> <p>BIOPOLÍTICA E DIREITOS HUMANOS: REFLEXÕES CRÍTICAS CONTEMPORÂNEAS</p> <p><b>Coordenadores:</b> Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Joice Graciele Nielsson</p>

**ISBN: 978-65-89537-08-3**

**COMISSÃO CIENTÍFICA DO V CIDHCOIMBRA 2020:**

**Membros Titulares:**

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

**Membros Convidados:**

Prof. Doutor César Aparecido Nunes; Prof. Doutor Rafael Mário Iorio Filho; Profa. Dra. Alessandra Benedito; Profa. Dra. Aparecida Luzia Alzira Zuin; Prof. Mestre Alexandre Sanches Cunha; Profa. Mestre Orquídea Massarongo-Jona.

# SUMÁRIO

Apresentação .....	10
Business and Human Rights Treaty: a new era for public participation in international investment law? .....	12
Stephanie Triefus	
Human Rights Due Diligence In Institutional Investment: the principles for responsible investment as a tool towards the accomplishment of sustainable development goals .....	26
Ana Flavia Sabi Rizelo	
Derechos Humanos y Empresas en las Américas: avances en el respeto y la garantía del derecho a un medio ambiente sano .....	40
Daniel Iglesias Márquez	
“Hiv Jane” and “Covid Geni”: what covid19 means for the Human Rights of those who work in the sex industry in 2020.....	53
Antónia Maria Martin Barradas	
A Mutaç�o da Covid-19 nas Empresas: a intervenção do estado nos contratos particulares e os desafios do capitalismo humanista .....	63
Renato Maso Previde e Letícia Baqui�o Goularte	
O Direito do Trabalho e a Evolução Tecnológica: a aquisição de novas competências e o papel da negociação coletiva .....	76
Régis Ant�nio Bersanin Nieddu	
Impacto das Opiniões Voláteis Sobre a Política de Resíduos Sólidos e a Necessidade de Políticas Públicas a Partir do Estudo de Caso Sobre o Tratamento do Lixo na Cidade de Paulínia, São Paulo, Brasil .....	86
Natalia Mayumi Gonç�lves Miyazaki	
Direitos Humanos, Opiniões Voláteis, Fake News, Responsabilidade Civil, Social e Ambiental: Breve Ensaio Sobre a Responsabilidade Social e Ambiental uma Análise da Certificação B Corp Como Esperanç�a ao TBL .....	96
Eder Raunaimer Monfre	
A Responsabilidade Civil dos Autores de Fake News Durante a Pandemia do Covid-19 .....	104
Thais Popets Alves	
A �gora da Modernidade e os Novos Sofistas: uma análise do impacto das fake news nas democracias.....	112
Matheus Duarte Silva Pinho e Bruna dos Santos Leite da Silva	

Responsabilidade Social e Participação em Contextos de Desastres. o Direito de Assessoria Técnica sob a Ótica dos Direitos Humanos Procedimentais.....	123
Paulo Henrique Camargos Trazzi e Rafael Mello Portella Campos	
Direitos Humanos e a Mídia em Face da Cidadania e Jurisdição dos Povos Indígenas.....	136
Matheus Matsuo Kawamata	
<i>Fake Writers</i> e <i>Fake News</i> : o embate entre o direito ao acesso à informação confiável e a formação e expressão de opiniões voláteis como obstáculo ao crescimento democrático, desenvolvimento do ecossistema social digital e responsabilidade civil empresarial .....	149
Larissa Almeida Rodrigues e Paulo Augusto Rolim de Moura	
Mulheres Atingidas Pelo Rompimento de Barragens: um olhar transdisciplinar de gênero as políticas reparatórias do caso Samarco para a efetivação dos Direitos Humanos.....	159
Mariana Andrade Sobral e Tchenna Fernandes Maso	
Direitos Humanos, Opiniões Voláteis, Fake News, Responsabilidade Civil, Social e Ambiental: uma análise do atual cenário em razão das fake news .....	172
Paulo Henrique dos Santos Farias	
O Supremo Tribunal Federal e o Delineamento de uma Ordem Econômica Ambientalmente Autossustentável.....	181
Marcelo Machado Costa Lima	
A Degradação do Meio Ambiente e a Migração dos Povos.....	195
Isabella Reimann Gnas e Vinicius Gomes Fazuline	
Globalização, Novos Atores e o Caso “Mariana”: visão crítico-jurídica de um desastre anunciado.....	205
Jéssica Cindy Kempfer e Regiane Nistler	
Ações de Participação Popular e do Poder Público no Desenvolvimento Ecológico .....	219
Coriolano Elias Antônio Mourani Naves	
As Enchentes Ocorridas em Belo Horizonte – Minas Gerais e a Responsabilidade do Estado .....	227
Ana Cláudia Souza de Almeida Dias e Maria Laura de Souza Aquino	
A Política Nacional de Resíduos Sólidos e a Garantia de Direitos Fundamentais .....	237
Juliana Mattos dos Santos Joaquim	

Risco Social em Períodos de Pandemia: os desdobramentos ecológicos no cenário de globalização político-econômica.....	248
Carla Benedetti de Oliveira e Manoela Plácido do Amaral	
Proteção Ambiental: função social e combate à vida para consumo.....	257
Renata Martins Vasconcelos e José do Carmo Alves Siqueira	
Deslocamentos Ambientais por Aumento do Nível do Mar em Portugal: reflexões à luz da responsabilidade de proteger do Estado .....	272
Daniele Galvão de Sousa Santos	
A Efetivação de Direitos Humanos Através da Ação Civil Pública Como Instrumento de Combate à Corrupção.....	287
Ana Júlia Ramos Padua	
Contributos Epigenéticos à Formulação de Políticas Criminais de Prevenção Contra a Corrupção e Direitos Humanos .....	296
Cesar Luiz de Oliveira Janoti	
A Função Social do Compliance e Seus Mecanismos de Controle Aplicada as Modernas Práticas Corruptivas da Sociedade de Risco Como Forma de Restabelecimento da Democracia Participativa.....	308
Andrea de Souza Gonçalves e Thayana de Moura Macêdo Lima de Araújo	
As Consequências Negativas das Práticas de Corrupção com Relação ao Direito Fundamental à Saúde Durante a Pandemia da Covid 19 no Brasil.....	319
Caroline Fockink Ritt	
A Responsabilidade Internacional do Estado à Luz da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção: desafios e (im)possibilidades da Justiça Internacional..	327
Edneyse Coelho do Nascimento da Cruz	
Análise Histórica dos Crimes “De Colarinho Branco” Pelo Sistema Penal Brasileiro: Relações de Poder, Seletividade e Privilégios.....	339
Janaína Rigo Santin	
Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal: Democracia e Diversidade...353	
Erika Alcantara Pinto	
Violência Doméstica e Direitos Humanos: interface entre o sistema criminal brasileiro e a cultura de paz.....	367
Ana Paula Faria Felipe	
Dilemas da Igualdade na Cultura Jurídica Brasileira.....	378
Maria Carolina Rodrigues Freitas	



A Sanção Penal Como Sintoma da Incompreensão do Conceito de Humanidade à Luz das Análises de Hannah Arendt.....	391
Lucas Maia Carvalho Muniz	
A Carne Mais Barata no Processo é a Carne Negra: tanatopolítica e racismo como expressão do estado de exceção nas decisões judiciais – o processo de Rafael Braga .....	404
Welliton da Silva Santos	
Biopolítica e o Nascimento do Controle Médico-Policial Brasileiro .....	418
Thayara Castelo Branco	
O Porto e o Delito de Solidariedade.....	427
Carolina Piccolotto Galib e Luís Renato Vedovato	
¿Cuándo un Discurso es una Expresión de Odio Sexista? Límites y Tensiones en Clave de Derechos Humanos.....	436
Liliana Aída Beatriz Urrutía	
A Guerra Como Biopolítica Pública.....	449
Júlia Santos Silva e Paulo Velten	
Covid-19 no Sistema Prisional Brasileiro: o uso necropolítico de uma pandemia viral e a ampliação da eliminação de vidas em situação de cárcere .....	459
Cleber Freitas do Prado	

## APRESENTAÇÃO

Os Anais de Artigos Completos do *V Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra (V CIDHCoimbra 2020)* correspondem à publicação mais destacada deste evento internacional, realizado em sua última edição entre os dias 13 e 15 de outubro de 2020, no auditório da Reitoria da Universidade de Coimbra – UC. Reúnem-se nestes 09 volumes que apresentamos à comunidade acadêmica o total de 339 artigos científicos, todos eles elaborados e apresentados pelos/as participantes inscritos/as no evento e que cumpriram, exitosamente, um rigoroso processo de seleção dos seus respectivos resumos. Todos os volumes desta publicação compreendem os 46 Simpósios sobre Direitos Humanos que se realizaram, pela primeira vez na trajetória do Congresso, de forma remota por intermédio de uma plataforma de videoconferência. A realização dos Simpósios *Online*, por sua vez, se deu em razão das exigências mundiais que se criaram após a declaração de Pandemia de COVID-19 pela Organização Mundial da Saúde - OMS, em especial a necessidade de isolamento social e de adoção de medidas de restrições para deslocamento de pessoas com propósito de evitarmos a disseminação de um vírus letal e massivo.

A atual crise mundial causada pela pandemia de COVID-19 colocou em evidência maior o tema dos Direitos Humanos e, particularmente, a urgência de aprofundarmos o debate e a pesquisa acerca da insuficiente efetivação desses direitos em todo o globo. Tornou mais evidente, ainda, a fragilidade do humano e o insucesso dos atuais modelos produtivos de exploração dos recursos naturais da Terra. Enquanto alguns grupos podem aproveitar de uma certa segurança, alcançada por privilégios que possuem em razão de adquirirem determinados bens ou por acessarem determinadas políticas, outros contingentes de pessoas são submetidos a degradantes condições de vida, sem acesso a recursos mínimos para sua sobrevivência.

A partir da leitura dos diferentes trabalhos agregados a esta publicação, temos clareza de que nos diversos países do globo foram decretadas diferentes quarentenas e, conseqüentemente, alcançados diferentes resultados. Isto se deve ao fato de permanecer vital para os países em questão o desafio de superarem as desigualdades sociais e econômicas que continuam presentes, bem como os remanescentes efeitos históricos de discriminação que atingem grupos e pessoas em razão da sua raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, etc. Pelo ritmo acelerado de destruição da natureza, pela escandalosa concentração de

riqueza, pela extrema desigualdade social e pelo desprezo pela condição humana, a realidade evidenciada pela pandemia de COVID-19 exigiu de toda a comunidade global dispense esforços para evitar uma maior catástrofe humanitária e ambiental.

Diante deste cenário, a realização do V CIDHCoimbra 2020 marcou uma posição consciente e coletiva de entidades, pesquisadores, estudantes e profissionais com atuação no campo dos Direitos Humanos que se comprometem as ações de garantia desses direitos, ainda que em contextos sociais, econômicos, culturais e políticos diferentes. Em outras palavras, os destacados artigos reunidos nesta publicação serão para sempre reconhecidos como um marco importante para a história do Congresso, uma vez que reúnem textos propositivos e críticos acerca do atual momento da pandemia de COVID-19, em especial os seus efeitos para o tema dos Direitos Humanos.

Por fim, nosso registro especial de agradecimento as equipes de trabalho que formam as entidades realizadoras do Congresso de Portugal e do Brasil, respectivamente o *Ius Gentium Conimbrigae* – IGC/ Centro de Direitos Humanos, com sede na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e Instituto Nacional de Pesquisa e Promoção de Direitos Humanos – INPPDH, sediado na cidade de Campinas-SP. Além desses colaboradores, a Comissão Organizadora do Congresso exalta o trabalho comprometido e dedicado dos/as pesquisadores/as que atuaram como Coordenadores dos inúmeros Simpósios oferecidos neste ano de 2020 e que, para nossa realização, formaram a maior edição do Congresso, mesmo com todos os desafios impostos pela pandemia global. Da mesma forma, os nossos agradecimentos a todos/as os/as participantes que prestigiaram e que contribuíram com sua atuação para que o Congresso alcançasse ainda mais destaque internacional. Esperamos que essa publicação possa servir de fonte e inspiração para novas e qualificadas pesquisas sobre Direitos Humanos.

Comissão Organizadora  
V Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra: uma  
visão transdisciplinar

# BUSINESS AND HUMAN RIGHTS TREATY: A NEW ERA FOR PUBLIC PARTICIPATION IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW?

Stephanie Triefus

PhD Candidate, Erasmus University Rotterdam

## Abstract:

International investment law is in the midst of a crisis of legitimacy, in part due to democratic deficit. International investment agreements, frequently drafted in confidential conditions, impose significant constraints on domestic policy space in host states. Such agreements bestow rights upon investors to seek considerable compensation for host state activity that pursues public interest goals, while affected individuals and communities are excluded from being heard or having their rights considered in arbitral proceedings. Such features stand in contrast to the human right to participate in public decision-making. This paper explores the possibilities for the Business and Human Rights Treaty to enhance public participation in international investment law. The scope and content of participatory rights are firstly examined, followed by the ways in which investment law marginalises participatory rights, and finally recommendations are made as to how the drafting of the Treaty could be improved.

**Keywords:** Business and human rights treaty; International investment law; Participation.

## Introduction

International investment law is in the midst of a crisis of legitimacy, in part due to the democratic deficit that has plagued the institutions of international economic law for decades.<sup>1</sup> International investment agreements, frequently drafted in confidential conditions, impose significant constraints on

---

<sup>1</sup> Democratic deficit is understood in this paper as including “lack of transparency and accountability, technocratic decision making, inadequate participation of citizens in policy making”: Natalia Letki, ‘Democratic deficit’ (Encyclopædia Britannica, 17 May 2016) <https://www.britannica.com/topic/democratic-deficit>. See also Joseph S Nye, ‘Globalization’s Democratic Deficit: How to Make International Institutions More Accountable’ (2001) 80(4) Foreign Affairs.

domestic policy space in host states.<sup>2</sup> Such agreements bestow rights upon investors to seek considerable compensation for host state activity that pursues public interest goals, while affected individuals and communities are excluded from being heard or having their rights considered in arbitral proceedings.<sup>3</sup> Such features stand in contrast to the human right to participate in public decision-making, found in Article 25 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)<sup>4</sup> and subsequent human rights treaties.<sup>5</sup> In order for individuals to enjoy meaningful participatory rights, states must ensure that they have access to information, that their views are heard in decision-making that concerns them, these views are taken into account and that remedies are available if participatory rights are breached.<sup>6</sup> One avenue for addressing the democratic deficit in the international investment law regime is the Business and Human Rights Treaty (BHR Treaty) that is currently being drafted under the auspices of the Human Rights Council (HRC). In July 2020, a second revised draft of the BHR Treaty was released by the Chair of the ‘Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights’ (Treaty Working Group).<sup>7</sup> Trade and investment law has been a common theme throughout the negotiations for the BHR Treaty, with stakeholders calling for the Treaty to reinforce the primacy of human rights over trade and investment law.<sup>8</sup> While such a provision does not appear in the current draft, Article 14(5) does require states party to ensure that existing trade and investment agreements are interpreted and implemented in harmony with the BHR Treaty, and that new agreements are compatible with parties’ obligations under the BHR Treaty. This goes some way to bringing human rights considerations into international

---

2 See Barnali Choudhury, ‘Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration’s Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?’ (2008) 41 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 775.

3 See Alessandra Arcuri, ‘The Great Asymmetry and the Rule of Law in International Investment Arbitration’ in Sachs L, Johnson L, and Coleman J, (eds) *Yearbook on International Investment Law and Policy* 2018 (OUP, 2019).

4 International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171, Article 25.

5 For example, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (opened for signature 18 December 1979, entered into force 3 September 1981) 1249 UNTS 13, Article 7; Convention on the Rights of Persons with Disabilities (adopted 13 December 2006, entered into force 3 May 2008) 2515 UNTS 3, Article 29.

6 See Marjolein Schaap, ‘An inclusionary governance model for international institutions: Ensuring accountability towards individuals’ (PhD Thesis, Erasmus University Rotterdam 2020), Chapter 4.

7 Open-Ended Intergovernmental Working Group, ‘Second Revised Draft of the Legally Binding Instrument to Regulate, In International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises’ (6 August 2020) <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session6/Pages/Session6.aspx>>.

8 Markus Krajewski, ‘Ensuring the Primacy of Human Rights in Trade and Investment Policies: Model clauses for a UN Treaty on transnational corporations, other businesses and human rights’ (CIDSE, 2017).

investment law, however without more is unlikely to adequately address the democratic deficit. This paper explores the possibilities for the BHR Treaty to enhance public participation in international investment law. Firstly, the scope and content of participatory rights are briefly considered. Secondly, the ways in which international investment law marginalises participatory rights are explored, focusing on treaty drafting, constraint of domestic regulatory space and dispute settlement. Finally, recommendations are made as to how subsequent drafts of the BHR Treaty could be improved from the perspective of participatory rights.

## The Human Right to Participate in Decision-Making

Participation is fundamental to the enjoyment of all human rights. It is indispensable to the proper functioning of democracy, the rule of law, empowerment of marginalised groups and elimination of discrimination. Participation is a central feature of a human rights-based approach,<sup>9</sup> and is closely connected to essential freedoms of expression, assembly and association, and the right to information. Participatory rights, it is now widely recognised,<sup>10</sup> encompass more than just the right to vote and stand for election. Article 25(a) of the ICCPR states that every citizen shall have the equal right and opportunity to “take part in the conduct of public affairs, *directly* or through freely chosen representatives”.<sup>11</sup> The right to participate directly in public affairs includes participation in non-electoral contexts, which the Human Rights Committee (HRCee) considers “can be realized by [citizens] exerting influence through public debate and dialogue with their representatives or through their capacity to organize themselves”.<sup>12</sup> While a full analysis is beyond the scope of this paper, three key features of participatory rights arising from international human rights law are briefly elucidated: access to information, participation in decision-making and right to a remedy.

The right to information, closely linked to participatory rights, is a frequent casualty of the secrecy embedded in the investment law regime. The HRCee states in General Comment 25 that the fulfilment of Article 25 requires “the full enjoyment and respect” for the rights guaranteed in Article 19 of the ICCPR.<sup>13</sup> Article 19 includes the right to “seek, receive and impart information”, which according to General Comment 34 “embraces a right

---

9 Danish Institute for Human Rights, ‘Introduction to a human rights-based approach’ (DIHR, undated) <<https://www.humanrights.dk/learning-hub/introduction-human-rights-based-approach>.

10 See, for example, the Open Government Partnership <https://www.opengovpartnership.org/>.

11 ICCPR, Article 25 (emphasis added).

12 Human Rights Committee ‘General Comment 25: The right to participate’ (7 December 1996) UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.7 (HRCee GC 25), para 8.

13 Human Rights Committee ‘General Comment 25: The right to participate’ (7 December 1996) UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.7 para 25.

of access to information held by public bodies”.<sup>14</sup> The Committee goes on to say that “States parties should proactively put in the public domain Government information of public interest” in a way that makes access “easy, prompt, effective and practical”.<sup>15</sup> The HRC’s ‘Guidelines for States on the effective implementation of the right to participate in public affairs’ recognise that the full realisation of the right to information “is an enabler of participation and a prerequisite that ensures the openness and transparency of, and accountability for, States’ decisions.”<sup>16</sup>

The right to meaningful participation in decision-making has been widely read into human rights instruments by the UN treaty bodies and regional human rights courts.<sup>17</sup> While these bodies and instruments vary in their language, ‘general benchmarks’ have been identified across the instruments which articulate who are the duty bearers and rights holders, the scope of obligations and limitations of the right.<sup>18</sup> Duty bearers include actors that exercise public authority, and rights holders are those affected by a decision; public authorities making decisions have duties to inform rightsholders, to duly take their views into account and to provide a reasoned decision; and conditions may be imposed provided they do not render the right meaningless.<sup>19</sup> While positive obligations to include affected persons in decision-making remains state-centric, UN treaty bodies have recognised that private actors have responsibilities to uphold participatory rights and States have a duty to ensure that they do so,<sup>20</sup> particularly where essential services have been privatised.<sup>21</sup>

States party to the ICCPR have a duty to ensure that any person whose Covenant rights, including participatory rights, are violated, has an effective and enforceable remedy.<sup>22</sup> The Aarhus Convention contains a dedicated article on access to justice, requiring states to ensure that individuals have access to a review procedure when they consider that their right to access environmental information has been impaired or that a decision has been taken in

---

14 Human Rights Committee, ‘General Comment 34: Freedoms of opinion and expression’ (102<sup>nd</sup> session, 2011) UN Doc CCPR/C/GC/34, para 18.

15 *ibid* para 19.

16 UNHRC ‘Guidelines for States on the effective implementation of the right to participate in public affairs’ (20 July 2018) UN Doc A/HRC/39/28 (HRC Guidelines), [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/PublicAffairs/GuidelinesRightParticipatePublicAffairs\\_web.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/PublicAffairs/GuidelinesRightParticipatePublicAffairs_web.pdf), para 15.

17 Jeroen Temperman, ‘Public participation in times of privatisation: a human rights analysis’ (2011) 4 *Erasmus Law Review* 2, 59-60.

18 Marjolein Schaap, ‘An inclusionary governance model for international institutions: Ensuring accountability towards individuals’ (PhD Thesis, Erasmus University Rotterdam 2020), 143.

19 *Ibid*.

20 UN Committee on the Rights of the Child, General comment No. 16 (2013) on State obligations regarding the impact of the business sector on children’s rights, 17 April 2013, CRC/C/GC/16, para 8.

21 UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General comment no. 21, Right of everyone to take part in cultural life, 21 December 2009, E/C.12/GC/21, para 21.

22 ICCPR Article 2(3).

contravention of the Convention.<sup>23</sup> The HRC Guidelines urge states to “ensure equal and effective access to justice and effective remedies for violations of the right to participate in public affairs”.<sup>24</sup>

States have a duty to ensure that affected individuals are able to participate in public decision-making. Meaningful participation in such circumstances requires access to information and access to justice where participatory rights are infringed. Respect for participatory rights is an essential part of addressing the democratic deficit of international investment law as public participation enhances transparency and accountability and re-balances decision-making away from technocratic processes. The following section sets out a three areas of investment law in which participatory rights are marginalised.

## Participation and International Investment Law

International investment agreements were designed to depoliticise international investment disputes. This aspect of the investment law regime has become particularly problematic in recent years as public issues such as water, health and the environment are dealt with by confidential tribunals, and mega-regional treaties are extending the purview of ISDS even further. This section explores the ways in which the investment law regime fails to uphold the participatory rights set out in the previous section, focusing on treaty negotiation, constraint of state regulatory space and investor-state dispute resolution.

In the negotiation phase, investment law discussions are shrouded in secrecy and the confidentiality of the treaty text prevents civil society organisations from developing informed and nuanced advocacy positions. Investment agreements “have tended to be negotiated and finalized in a relatively secretive and almost technocratic fashion,”<sup>25</sup> with governments and economists citing the sensitivity of negotiating positions as necessitating such opacity.<sup>26</sup> The secrecy of the negotiations, coupled with the esoteric subject matter, mean that the costs and benefits of investment treaties are rarely openly debated in Parliaments and in public.<sup>27</sup> The confidentiality of investment treaty negotiations has been said to infringe “democratic rights to basic informa-

---

23 Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention) (1999) 2161 UNTS 447, 38 ILM 517, Article 9.

24 HRC Guidelines, para 21.

25 Jurgen Kurtz, ‘Building Legitimacy Through Interpretation in Investor-State Arbitration: On Consistency, Coherence, and the Identification of Applicable Law’ in Douglas Z, Pauwelyn J, and Viñuales J, (eds), *The Foundations of International Investment Law* (OUP, 2014), 261.

26 Zachary Boren, ‘TTIP controversy: secret trade deal can only be read in secure ‘reading room’ in Brussels’ (*The Independent*, 14 August 2015) <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/ttip-controversy-secret-trade-deal-can-only-be-read-secure-in-reading-room-in-brussels-10456206.html>.

27 Lorenzo Cotula, ‘Democratising international investment law: Recent trends and lessons from experience’ (IIED, 2015), 6.



tion about government conduct in relation to public interest issues”.<sup>28</sup> Lack of transparency and accountability affect civil and political rights to participate in the democratic process.<sup>29</sup> The UN Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order, Alfred de Zayas, has expressed concern that the secrecy of negotiations surrounding investment treaties is “tantamount to disenfranchising the public” and constitutes a violation of the right to participate in public affairs.<sup>30</sup> One example of such disenfranchisement was the “unprecedented secrecy” of the now defunct Trans-Pacific Partnership Agreement (TPPA) negotiations.<sup>31</sup> In Malaysia, members of the public, civil society and elected public representatives and even national lawmakers were excluded from access to the draft agreement. BANTAH, a Malaysian civil society organisation, struggled to execute advocacy strategies due to the secrecy.<sup>32</sup> The technical language of the agreement meant that it was necessary to “translate” the text into common language and interpret the ways in which the agreement could affect the lives of Malaysians.<sup>33</sup>

Foreign investors use ISDS provisions to challenge public interest regulation, which has been found to cause regulatory chill.<sup>34</sup> Regulatory chill has been defined as “delaying, compromising, or abandoning the formulation or implementation of *bona fide* regulatory measures in the interest of the public good as a result of a real or perceived threat of investor-state arbitration”.<sup>35</sup> It is difficult to quantify the impact of regulatory chill on public policy given that it comprises an omission rather than an action, and one to which states are unlikely to confess or potentially even be aware of. However, international arbitration law firms have been open about using ISDS clauses to ensure favourable conditions for corporate clients.<sup>36</sup> In some cases states would rather violate human rights than risk enormous compensation payouts or protracted arbitration. For example, Guatemala closed a mine in compliance with the

---

28 Howard Mann, ‘International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities’ (*International Institute for Sustainable Development*, February 2008), 30.

29 Corporate Europe Observatory, ‘TTIP talks: despite the PR, still under a cloak of secrecy’ (*Corporate Europe Observatory*, 5 May 2015) <https://corporateeurope.org/en/international-trade/2015/05/ttip-talks-despite-pr-still-under-cloak-secrecy>.

30 OHCHR, ‘Secret negotiations on trade treaties, a threat to human rights – UN expert’ (23 April 2015) <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15883&LangID=E>.

31 Fauwaz Abdul Aziz, ‘Advocacy on investment treaty negotiations: Lessons from Malaysian civil society’ (IIED, 2015), 3.

32 *ibid* 12.

33 *ibid* 13.

34 See Kyla Tienhaara, ‘Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement’ (2017) 7(2) *Transnational Environmental Law* 229-250.

35 Ashley Schram, Sharon Friel, J. Anthony Van Duzer, Arne Ruckert and Ronald Labonté, ‘Internalisation of International Investment Agreements in Public Policymaking: Developing a Conceptual Framework of Regulatory Chill’ (2018) 9 *Global Policy* 2, 195.

36 Pia Eberhardt, ‘The zombie ISDS: Rebranded as ICS, rights for corporations to sue states refuse to die’ (*Corporate Europe Observatory et al*, 2016), 13.

recommendation of the Inter-American Court of Human Rights, but reopened it soon after citing the company's ability to commence arbitration.<sup>37</sup> Regulatory chill can violate the state's obligation to protect human rights and progressively realise economic, social and cultural rights such as the highest attainable standard of health.<sup>38</sup> The phenomenon also presents a challenge to participation in public affairs because decisions *not* to regulate are rarely taken in the public eye, yet are heavily influenced by investment agreements concluded in the absence of adequate public participation.<sup>39</sup>

There are minimal opportunities for participation of those affected during ISDS proceedings. The asymmetry of investment treaties and the lack of opportunities for participation have the effect that communities impacted by human rights abuses have no means for redress under the agreements that facilitated that abuse. The ability of victims to challenge the State's failure to protect against such abuse can be impaired by complicity of the state in the abuse, and in some cases the State's hands are tied by the investment treaty which can "castrate governments from taking necessary steps to protect human rights".<sup>40</sup> Measures for reform of ISDS, such as increased transparency and impartiality of arbitrators, do little to rebalance asymmetrical investment treaties. Investor-state dispute settlement clauses, inspired by systems of commercial arbitration,<sup>41</sup> provide for investors to bring claims directly against the host state in private arbitration for breaches of the investment treaty, such as expropriation, unfavourable treatment and regulatory changes affecting the investment. Because such claims are not conducted in public courts, there can be little to no opportunity for public participation in the course of the dispute. At the discretion of the tribunal,<sup>42</sup> an interested party such as a community or civil society organisation may be allowed to submit an amicus curiae brief.<sup>43</sup> However, this process is a "shallow and narrow substitute for legal standing?"

---

37 Ashley Schram, Sharon Friel, J. Anthony Van Duzer, Arne Ruckert and Ronald Labonté, 'Internalisation of International Investment Agreements in Public Policymaking: Developing a Conceptual Framework of Regulatory Chill' (2018) 9 *Global Policy* 2, 196.

38 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 'General Comment 14: The right to the highest attainable standard of health' (Twenty-second session, 2000), UN Doc E/C.12/2000/4 (2000), para 50.

39 UNHRC, 'Report of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order, Alfred de Zayas' (12 July 2016) UN Doc A/HRC/33/40, para 27.

40 Surya Deva, 'The Zero Draft of the Proposed Business and Human Rights Treaty, Part II: On the right track, but not ready yet' in Business & Human Rights Resource Centre, 'Compilation of Commentaries on the "Zero Draft"' (BHRC, 9 October 2018) <https://www.business-humanrights.org/en/compilation-of-commentaries-on-the-%E2%80%9CZero-Draft%20-%E2%80%9D>, 25.

41 Jacques Werner, 'Limits of Commercial Investor-State Arbitration: The Need for Appellate Review' in Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni and Ernst-Ulrich Petersmann (eds) *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (OUP, 2012) 116.

42 ICSID Arbitration Rules (2006), Rule 37; UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (2013), article 5.

43 Nicolette Butler, 'Non-Disputing Party Participation in ICSID Disputes: Faux Amici?' (2019) 66 *Netherlands International Law Review* 1, 176.

as amici are not afforded procedural or substantive rights in proceedings.<sup>44</sup> Amici cannot take part in oral arguments, seek compensation or obtain information about the proceedings, and are “systematically denied” participation in proceedings aside from submission of the amicus curiae brief.<sup>45</sup> The lack of opportunities for genuine participation in ISDS is particularly problematic for Indigenous people, who are disproportionately affected by industrial activity.<sup>46</sup> The *Chevron v Ecuador* arbitration was concerned with extensive pollution of the rivers of the Amazon which was causing damage to the health of the indigenous people who lived in affected areas.<sup>47</sup> However, the arbitral tribunal rejected the application of two civil society organisations to serve as amici curiae, highlighting the concern amongst civil society that “tribunals are resolving matters of significant public interest, but are doing so without giving those affected an opportunity to access all relevant information or provide relevant input regarding the disputes”.<sup>48</sup>

A full analysis of the ways in which international investment law is problematic from the perspective of participatory rights is beyond the scope of this paper, however this section has demonstrated that reform efforts have a long way to go before investment law has the capacity for meaningful participation of those affected by foreign investment projects. The following section examines how the BHR Treaty could be used to promote participatory rights in some aspects of the international investment regime.

## **Investment, Participation and The Business and Human Rights Treaty**

The BHR Treaty will (if it enters into force) impose binding obligations on States Parties to require businesses to prevent and redress human rights violations and hold them accountable for violations. State and civil society submissions to the Treaty Working Group have repeatedly stressed that the BHR Treaty should ensure States uphold human rights in the investment law regime and address the asymmetry in international investment law.<sup>49</sup> The cur-

---

44 Transport and Environment et al, ‘Reform options for ISDS’ (Submission to UNCITRAL, 35th session 23-27 April 2018, New York), [https://uncitral.un.org/en/library/online\\_resources/investor-state\\_dispute](https://uncitral.un.org/en/library/online_resources/investor-state_dispute), 10.

45 Barnali Choudhury, ‘Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration’s Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?’ (2008) 41 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 775, 817.

46 UNHRC ‘Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples’ (2016) UN Doc A/HRC/33/42, para 26.

47 Business & Human Rights Resource Centre, ‘Texaco/Chevron lawsuits (re Ecuador) (BHRC, undated) <https://www.business-humanrights.org/en/texacochevron-lawsuits-re-ecuador>.

48 IISD, ‘Chevron v Ecuador’ (IISD, April 2011) <https://www.iisd.org/project/chevron-v-ecuador>

49 UNHRC ‘Report on the first session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights’ (5 February 2016) UN Doc A/HRC/31/50, para 30.

rent drafting of the BHR Treaty represents several steps forward for participatory rights compared to previous drafts: the right to participate is ‘upheld’ in the preamble, human rights due diligence processes include environmental and human rights impact assessment and meaningful consultation with affected individuals and communities (Article 6). The concept of free, prior and informed consent is included (Article 6), and specific reference is made to trade and investment agreements (Article 14). However, several areas for improvement remain. Three such areas are the trade and investment provisions, human rights due diligence provisions and the failure to include provisions dealing with ‘strategic litigation against public participation’, known as SLAPP suits.

Over the past five years, the need for the BHR Treaty to address trade and investment law has been a prominent theme in discussions and submissions of the working group, with many stakeholders calling for the Treaty to assert the primacy of human rights law over trade and investment law.<sup>50</sup> However, the provision that is now included in the second revised draft only requires that new investment treaties be compatible with the BHR Treaty and human rights, which means that investment treaties could remain silent on human rights, continuing the status quo. The BHR Treaty also requires existing treaties to be interpreted and implemented in a manner that will not undermine or limit their capacity to fulfill their obligations under the BHR or other human rights treaties. However, given that investment tribunals tend to consider that human rights treaties are not relevant to investment disputes, it is unclear whether such a provision would make a practical difference to how investment treaties are interpreted. These provisions need further development, clarification and strengthening. Domestic policy space would be better protected if states were required to carve out human rights regulation from the purview of investment treaties, and if a human rights primacy provision was included. In order to better incorporate participatory rights, drafters should consider requiring states to ensure that affected people are able to participate in ISDS processes, and the public in the drafting of investment treaties. Of course, the problems with the investment treaty system cannot be solved by the BHR Treaty alone, but it has the potential to be one tool in the toolbox.

Human rights due diligence is an area where public participation should be a prominent feature. While the second revised draft goes some way to ensuring this, subsequent drafts should go further. The standard set out by the Aarhus Convention and interpretations of participatory rights by the UN treaty bodies is that of *participation* in decision-making,<sup>51</sup> and so the word con-

<sup>50</sup> Markus Krajewski, ‘Ensuring the Primacy of Human Rights in Trade and Investment Policies: Model clauses for a UN Treaty on transnational corporations, other businesses and human rights’ (CIDSE, 2017).

<sup>51</sup> Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention) (1999) 2161 UNTS 447, 38 ILM 517, Article 6.

sultation in Article 6(3)(c) does not go far enough. As explained above, participation in decision-making requires participants to be informed, to have the opportunity to express themselves, and for their preference to be taken into account by the decision-maker and for the decision to contain evidence of this.<sup>52</sup> Further, studies have shown that there is much variety in how different states and organisations carry out human rights and environmental impact assessment of trade and investment agreements.<sup>53</sup> Some entities consider public participation to be essential to the process and others do not include participatory processes at all. It would therefore be prudent to include an express requirement that the environmental and human rights impact assessments be participatory. In the absence of human rights obligations for investors under investment law, the codification and implementation of HRDD provisions would provide states with more robust options for defending human rights regulation via legality clauses in investment treaties.

Finally, the use of SLAPP suits is a common method of preventing public participation opposing corporate activity.<sup>54</sup> Such suits are often brought by foreign investors against local civil society organisations and protestors, with the outcome that such groups are intimidated or judicially restrained from participating in public discussion about the investment project. For example, a foreign investor that is building a golf course and resort in a sensitive historical and ecological area of Dubrovnik sued Friends of the Earth Croatia for reputational damage after a coalition of NGOs and the local community protested the project.<sup>55</sup> In Australia, Indian mining company Adani is engaging in “lawfare” tactics against journalists, activists and Indigenous Traditional Owners.<sup>56</sup> While the BHR Treaty requires states to take adequate and effective measures to guarantee a safe and enabling environment for human rights defenders, it does not set out specific protections against SLAPP suits. Wording could be included requiring states to enact anti-SLAPP suit legislation that gives human rights defenders legal tools to challenge frivolous

---

52 Marjolein Schaap, ‘An inclusionary governance model for international institutions: Ensuring accountability towards individuals’ (PhD Thesis, Erasmus University Rotterdam 2020).

53 James Harrison ‘Establishing a meaningful human rights due diligence process for corporations: learning from experience of human rights impact assessment’ (2013) 31(2) *Impact Assessment and Project Appraisal*, 110.

54 Mind the Gap, Submission to the Open-ended intergovernmental working group on transnational corporation and other business enterprises with respect to human rights (February 2020) <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WG-TransCorp/Session5/add/Others/MtG.pdf>, 2-3.

55 Corporate Europe Observatory, the Transnational Institute and Friends of the Earth Europe/International, ‘Bypassing courts and local democracy to build a gated community for the rich: Razvoj Golf and Elitech v Croatia’ (Red carpet courts: 10 stories of how the rich and powerful hijacked justice, June 2019), 27.

56 Ben Smees, ‘Adani’s ‘legal intimidation’ tactics against community groups a ‘threat to democracy’ (The Guardian, 19 February 2019) <https://www.theguardian.com/business/2019/feb/19/adanis-legal-intimidation-tactics-against-community-groups-a-threat-to-democracy>.

suits that are intended to intimidate and silence them. Such protections would enhance the ability of the public to engage in debate and protest regarding foreign investment projects.

## Conclusion

The international investment law regime, in all its asymmetry, privileges corporate interests over the rights of individuals, and without systematic and systemic reform will remain fundamentally at odds with democratic values and human rights. In the absence of serious efforts towards such paradigmatic reform by states, and while numbers of ISDS cases that affect human rights are only growing, it is worth exploring all avenues for mitigating the damaging effects of ISDS on human rights. This brief paper has explored the avenue of the BHR Treaty through the lens of participatory rights. Participatory processes, in order to be meaningful, must include access to information, participation in decision-making and access to justice. Access to information in relation to the negotiation of investment treaties and investment chapters in free trade agreements is often inadequate for the purposes of public debate about the desirability of such agreements. Domestic policy space is constrained by investment treaty provisions that allow private tribunals to second guess public interest regulation, and foreign investors can silence public protestors and human rights defenders with impunity through strategic litigation. Investor-state dispute settlement provisions make little allowance for the participation of individuals and communities in cases that affect their rights and assume without nuance that states will act in the interests of citizens. The BHR Treaty, while itself a flawed instrument and by no means a silver bullet, presents an opportunity to address some aspects of investment law on a global level and from a human rights perspective. However, the current drafting does not make use of its full potential and could be strengthened through more thorough and precise language on public participation in treaty drafting, human rights carve-outs, human rights due diligence processes, and dispute settlement. While the recommendations are optimistic in their scope and content, they are an extension of the trend towards investment law reform that is already gaining momentum elsewhere. There is therefore reason to hope that the BHR Treaty, should it come to fruition, has some capacity to make progress in the fight for participatory rights in the international investment law regime.

## Bibliography

INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171, Article 25

CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN (opened for signature 18 December

1979, entered into force 3 September 1981) 1249 UNTS 13

AARHUS CONVENTION ON ACCESS TO INFORMATION, PUBLIC PARTICIPATION IN DECISION-MAKING AND ACCESS TO JUSTICE IN ENVIRONMENTAL MATTERS (Aarhus Convention) (1999) 2161 UNTS 447, 38 ILM 517

CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES (adopted 13 December 2006, entered into force 3 May 2008) 2515 UNTS 3

OPEN-ENDED INTERGOVERNMENTAL WORKING GROUP, 'Second Revised Draft of the Legally Binding Instrument to Regulate, In International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises' (6 August 2020)

ABDUL AZIZ, F. **Advocacy on investment treaty negotiations:** Lessons from Malaysian civil society (IIED, 2015).

ARCURI, A. The Great Asymmetry and the Rule of Law in International Investment Arbitration in SACHS L, JOHNSON L, and COLEMAN J, (eds) **Yearbook on International Investment Law and Policy** 2018 (OUP, 2019)

BOREN, Z. **TTIP controversy:** secret trade deal can only be read in secure 'reading room' in Brussels (The Independent, 14 August 2015)

BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, 'Texaco/Chevron lawsuits (re Ecuador) (BHRC, undated)

BUTLER, N. **Non-Disputing Party Participation in ICSID Disputes:** Faux Amici? (2019) 66 Netherlands International Law Review 1

CHOUDHURY, B. **Recapturing Public Power:** Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit? (2008) 41 Vanderbilt Journal of Transnational Law 775

COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, 'General Comment 14: The right to the highest attainable standard of health' (Twenty-second session, 2000), UN Doc E/C.12/2000/4 (2000)

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, General comment No. 16 (2013) on State obligations regarding the impact of the business sector on children's rights, 17 April 2013, CRC/C/GC/16

CORPORATE EUROPE OBSERVATORY et al. **Bypassing courts and local democracy to build a gated community for the rich:** Razvoj Golf and Elitech v Croatia (Red carpet courts: 10 stories of how the rich and powerful hijacked justice, June 2019)

CORPORATE EUROPE OBSERVATORY. **TTIP talks:** despite the PR, still under a cloak of secrecy (Corporate Europe Observatory, 5 May 2015)

COTULA, L. **Democratising international investment law:** Recent trends and lessons from experience. (IIED, 2015)

DANISH INSTITUTE FOR HUMAN RIGHTS. **Introduction to a human rights-based approach.** (DIHR, undated)

DEVA, S. The Zero Draft of the Proposed Business and Human Rights Treaty, Part II: On the right track, but not ready yet. In **Business & Human Rights Resource Centre**, ‘Compilation of Commentaries on the “Zero Draft”’ (BHRC, 9 October 2018)

EBERHARDT, P. **The zombie ISDS**: Rebranded as ICS, rights for corporations to sue states refuse to die. (Corporate Europe Observatory et al, 2016)

HARRISON, J. **Establishing a meaningful human rights due diligence process for corporations**: learning from experience of human rights impact assessment. (2013) 31(2) Impact Assessment and Project Appraisal

HUMAN RIGHTS COMMITTEE. **General Comment 25**: The right to participate. (7 December 1996) UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.7

HUMAN RIGHTS COMMITTEE. **General Comment 34**: Freedoms of opinion and expression. (102nd session, 2011) UN Doc CCPR/C/GC/34

ICSID Arbitration Rules (2006), Rule 37; UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (2013)

KRAJEWSKI, M. Ensuring the Primacy of Human Rights. In **Trade and Investment Policies**: Model clauses for a UN Treaty on transnational corporations, other businesses and human rights. (CIDSE, 2017)

KURTZ J. Building Legitimacy Through Interpretation. In **Investor-State Arbitration**: On Consistency, Coherence, and the Identification of Applicable Law. In Douglas Z, Pauwelyn J, and Viñuales J, (eds), *The Foundations of International Investment Law* (OUP, 2014)

LETKI, N. **Democratic deficit**. (17 May 2016, Encyclopædia Britannica)

MANN, H. **International Investment Agreements, Business and Human Rights**: Key Issues and Opportunities. (International Institute for Sustainable Development, February 2008)

MIND THE GAP, Submission to the Open-ended intergovernmental working group on transnational corporation and other business enterprises with respect to human rights (February 2020)

NYE, J. S. **Globalization’s Democratic Deficit**: How to Make International Institutions More Accountable. (2001) 80(4) Foreign Affairs

SCHAAP, M. **An inclusionary governance model for international institutions**: Ensuring accountability towards individuals. (PhD Thesis, Erasmus University Rotterdam 2020)

SCHRAM A, FRIEL S, VANDUZER J, RUCKERT A, and LABONTÉ R. Internalisation of International Investment Agreements. In **Public Policymaking**: Developing a Conceptual Framework of Regulatory Chill. (2018) 9 Global Policy 2

SMEE, B. **Adani’s ‘legal intimidation’ tactics against community groups a ‘threat to democracy**. (The Guardian, 19 February 2019)

TEMPERMAN, J. **Public participation in times of privatisation**: a human rights analysis. (2011) 4 Erasmus Law Review 2



TIENHAARA, K. **Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement.** (2017) 7(2) *Transnational Environmental Law* 229-250

TRANSPORT AND ENVIRONMENT et al. **Reform options for ISDS.** (Submission to UNCITRAL, 35th session 23-27 April 2018, New York)

UNHRC. **Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples.** (2016) UN Doc A/HRC/33/42

UNHRC. **Report on the first session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights.** (5 February 2016) UN Doc A/HRC/31/50

UNHRC. **Report of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order, Alfred de Zayas.** (12 July 2016) UN Doc A/HRC/33/40

WERNER, J. **Limits of Commercial Investor-State Arbitration: The Need for Appellate Review.** In DUPUY, P.-M., FRANCIONI, F, and PETERSMANN, E-U, (eds) **Human Rights in International Investment Law and Arbitration** (OUP, 2012).

# HUMAN RIGHTS DUE DILIGENCE IN INSTITUTIONAL INVESTMENT: THE PRINCIPLES FOR RESPONSIBLE INVESTMENT AS A TOOL TOWARDS THE ACCOMPLISHMENT OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS

**Ana Flavia Sabi Rizelo**

Brazil-qualified lawyer, LL.M. in International Law (University College London)

## **Abstract:**

Institutional investors often hold significant market power and can, therefore, considerably impact the industries in which they invest. While some investors may accumulate significant power in financing corporations that perpetrate human rights abuses and environmental degradation, the multiple layers in corporate structure also can shield those who profit from these practices from exposure and challenges to change their portfolios. Human rights due diligence within the investment sector is, therefore, vital. This article analyses some of the reasons behind the recent wave of responsible investments and the potential shift of investors' perspectives that embrace a more sustainable and human rights-compliant approach, in the absence of mandatory rules. Additionally, this article analyses the Principles for Responsible Investment (PRI) and their impact on the attainment of the UN Sustainable Development Goals (SDGs).

**Keywords:** Responsible Investment; ESG; PRI; SDGs.

## **Introduction**

Institutional investors often hold significant market power and can, therefore, considerably impact the industries in which they invest. Through manoeuvres that extrapolate the legal territory, such as horizontal shareholdings<sup>1</sup> and index funds, various institutions can effectively finance entire segments. While some investors can accumulate significant power in financing corpora-

<sup>1</sup> For the competition law dimension of horizontal shareholding, see for example: Green-  
spon, J., (2019). How Big a Problem Is It That a Few Shareholders Own Stock In So Many  
Competing Companies? *Harvard Business Review*, 19 February 2019. [Viewed 22 July 2020].  
Available from: <https://hbr.org/2019/02/how-big-a-problem-is-it-that-a-few-shareholders-own-stock-in-so-many-competing-companies>

tions that perpetrate human rights abuses and environmental degradation, the multiple layers in corporate structure may render prevention and accountability extremely challenging. Investors often benefit from this lack of transparency that can enable those who profit from such practices to furtively continue fostering violations, without the fear of exposure or being challenged to design environmentally and human rights compliant portfolios.<sup>2</sup>

Whilst states may lack appropriate legislation or satisfactory enforcement of laws they do have, there is a slow, albeit not negligible, shift in the speech from institutional investors. Practical yields from what can be understood as ‘sustainable finance’ or ‘socially responsible investment’ are yet to be scrutinised, however, recent indicators suggest that this trend may be here to stay. An example that institutional investors seem to be increasingly more aware is the one of Brazil: in June 2020, Brazilian embassies across the world received an open letter from a number of institutional investors, challenging the country’s current government’s policies and questioning Brazil’s investing certainty due to the “dismantling of environmental and human rights policies and enforcement agencies” (Storebrand et al 2020, p. 1).

Notwithstanding the unprecedented progress witnessed in business and human rights over the past two decades, it seems that the institutional investment sector is a yet-to-be-explored layer. Whilst the field of human rights due diligence (HRDD) awaits the developments of discussions in the European Union (EU), this article will analyse the background to the applicable voluntary framework and how it interacts with the realisation and challenges of the so-called responsible investments (**Sections 1 and 2**). In light of voluntary guidelines, this article considers some of the potential drivers behind recent responsible investments, drawing mainly from business-oriented risk assessment and the theory of Enlightened Shareholder Value (**Section 3**). Then, in the absence of more robust legal norms, this article evaluates the Principles for Responsible Investment’s (PRI) influence on investors and whether they have been effective towards the accomplishment of the UN’s Sustainable Development Goals (SDGs) (**Section 4**). This article concludes that although the PRI have driven an instrumental starting point for change in the industry, they lack reach and do not effectively address all concerns involving environmental, social, and governance (ESG) related issues, principally with respect to human rights (the ‘S’ factor), and the accurate reporting and analysis of concerned data. The segment lacks a holistic perception of ESG that would enable it to fulfil its role in the SDGs. This will most likely only become possible through a clear, binding instrument.

---

2 See for example: SEC disclosure change would allow activists to ‘go dark’, lawyers warn. *Financial Times*, 23 July 2020. [Viewed 23 July 2020]. Available on: <https://www.ft.com/content/1968c32d-5ac0-4502-8af8-7d45ec39791a>

## Human rights, non-state actors and voluntary principles: two decades of soft law

The introduction of the first business and human rights initiative, the UN Global Compact, in 1999, was a bold move by the UN to “join business in promoting international development” (Thérien and Pouliot 2006, p. 55). At the time, businesses seemed reluctant to assume long-term responsibility for violations caused by their activities, fearing that society would expect them to “routinely” address rights violations (Williams 2004, p. 758). In 2003, the then UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights approved a proposal for a binding document in an attempt to regulate corporate conduct *vis-à-vis* human rights through the Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises with Regard to Human Rights (the Norms) (UNSPPHR 2003). The Norms were rejected in 2004 by the Commission on Human Rights (now the UN Human Rights Council (HRC)) (CHR 2004). They did, however, introduce the concept of due diligence, designed to ensure that companies were aware of their activities’ potential harmful impacts, direct or indirect (Martin-Ortega 2013). In 2005, Professor John Ruggie was appointed as Special Representative of the Secretary-General on Human Rights, Transnational Corporations and Other Business enterprises (CHR 2005).

The ‘Ruggie Framework’, which introduced the ‘Protect, Respect and Remedy’ troika, a model of how business and human rights interact, was presented to the HRC in 2008 (HRC 2008). In 2011, a proposal for a more comprehensive soft law instrument to provide practical instructions tackling the issues covered by the Ruggie Framework was endorsed by the HRC: The UN Guiding Principles on Business and Human Rights (hereinafter referred to as the ‘Guiding Principles’ and the ‘UNGPs’ interchangeably). The three pillars of the Ruggie Framework, incorporated into the UNGPs, are (1) protect (state-centred obligation), (2) respect (business-centred responsibility) and (3) remedy (victim-centred approach); the 2011 instrument also re-introduced the idea that human rights due diligence should be undertaken by both states and businesses (HRC 2011, pp. 5, 6-7, 10, 15, 17). With regard to the latter, the voluntary principles emphasise that businesses should implement processes to “[...] identify, prevent, mitigate and account for how they address their impacts on human rights” (HRC 2011, pp. 15-16).

Although the Guiding Principles were positively received in 2011, scholars pointed out their deficiencies early on: one of the document’s main lacunae was the fact that such obligations were not directly imposed on companies, but only on states (Jägers 2011, p. 160). Acknowledging that the principles are, in fact, voluntary, their non-mandatory status renders its effectiveness and applicability limited, as will be discussed below.

## The case for mandatory human rights due diligence, Part I

Referring to the lacuna left by the Guiding Principles and the Ruggie Framework in relation to financial markets, Dowell-Jones and Kinley coined the expression ‘the monster under the bed’: the voluntary framework, they argued, was not prepared to address the complexity of the segment, which consists of multiple layers of corporate structures and transnational financial operations (Dowell-Jones and Kinley 2012, p. 194).

According to the PRI’s (2020, p. 4) own definition, responsible investment is “[...] a strategy and practice to incorporate environmental, social and governance (ESG) factors in investment decisions and active ownership.” Sullivan and Hachez (2014, p. 1) argue that “[...] the central obstacle to [...] investors] playing this role is the lack of consensus and clarity around the human rights expectations of companies and, specifically, the absence of an agreed normative framework against which corporate human rights performance can be assessed.” In this context, investors are thus allowed to carry out their operations based on their own interpretation of what the voluntary guidelines establish, which might mean that a particular investor’s understanding of how to approach responsible investment may be stricter, or more flexible, than others’ (Dowell-Jones 2016, p. 211). Such uncertainty, experienced in some form by all stakeholders involved, jeopardises the states’ judicial development, hinders victims’ access to justice and leads to potential competitive issues between businesses, where they are unable to operate on a level playing field (Zerk 2013, p. 7).

Aiming at providing investors with practical guidance on how to embed ESG aspects into their decisions and portfolios, and to assess investments based on these factors, numerous initiatives have been designed over recent years (Dowell-Jones 2016, p. 211). The PRI, an independent platform supported by the UN Environment Programme Finance Initiative and the UN Global Compact is one example (PRI 2020).<sup>3</sup> Resolving the uncertainties surrounding the applicability of the voluntary principles in practice and how its implementation should be harmonised is, therefore, one of the grounds to support the case for mandatory human rights due diligence within the investment sector. This is analysed here in conjunction with the extension of the PRI’s reach with investors and ESG reporting.

### Towards responsible investment

If states need to adopt a narrative that upholds sustainable and human rights-centred development in order to seem more attractive to business partners, or to attract investments at all,<sup>4</sup> is sustainable and human rights-com-

---

<sup>3</sup> See for example: EU Technical Expert Group on Sustainable Finance, (2019). *TEG Interim Report on Climate Benchmarks and Benchmarks’ ESG Disclosures*. Report on Benchmarks, UN

<sup>4</sup> See for example: Londoño, E. and Casado, L., (2020). Under Pressure, Brazil’s Bol-

pliant investment the ‘soft power’ of today’s businesses?<sup>5</sup> Are they now, more than ever, concerned about how environmental and human rights risks can become a liability to their portfolios and profits? Are companies utilizing appealing narratives to grant themselves ‘ethical’ or ‘sustainable’ credentials only because they have noticed a recent shift in how individuals choose brands and consume services and goods? Or are they genuinely engaged in building a sustainable, ethical world for future generations, with the mindset that both profit and responsible investment are not only reconcilable, but mutually dependent?

From the Guiding Principles’ perspective, HRDD should be exercised with the rights-holders as its main priority, instead of assessing risks to businesses’ own operations as the principal driving factor (HRC 2011, p. 18). Professor John Ruggie (2013, p. 137) reiterates that the fact that businesses’ activities may harm individuals should be enough to justify the need to prevent potential harmful practices and to provide redress to victims if needed. The belief that a genuine ethical awareness should motivate investors’ will to address such issues is held by other scholars, who argue that “[...] the exclusive reference to principals [sic] and statutory framework does not suffice to make an investment responsible, it must be completed by recourse to conscience or consideration of the common good” (Dembinski et al 2003, 2005). In reality, however, such an altruistic perception is not always at the core of investors’ decisions. Considering that there is currently no mandatory framework and consequently no uniform enforcement of these norms, this article now moves on to analyse potential drivers behind voluntary responsible investments.

#### Business-oriented risk assessment

In the open letter sent by institutional investors to Brazilian embassies, the signatories maintain that they “[...] are concerned about the financial impact that deforestation and the violation of the rights of indigenous peoples may have on our clients and investee companies, by potentially increasing reputational, operational and regulatory risks” (Storebrand et al 2020, p. 1). Business-oriented risk assessment can, therefore, include many fronts within the human rights and environmental perspectives. Yet, as will be explored in Section 4, measuring human rights risks remains a challenging exercise (Dowell-Jones 2016).

Reputational risks for companies known for not respecting human rights can be significantly far-reaching: it may affect a company’s relationship with, and how they are seen by, their own employees, other business partners, and even by governmental entities (Sullivan and Hachez 2014). A 2019 report found that corporate reputations account for US\$ 16.7 trillion of value

---

sonaro Forced to Fight Deforestation. *The New York Times* (1 August 2020). [Viewed 9 August 2020]. Available on: <https://www.nytimes.com/2020/08/01/world/americas/Brazil-amazon-deforestation-bolsonaro.html>

5 Here, as an analogy to Joseph Nye’s widespread 1990s concept of soft power: “If [...] states’] culture and ideology are attractive, others will more willingly follow” (Nye 1990, p. 167).

for shareholders (AMO Strategic Advisors 2019). The report details each individual aspect of a company's reputation and how they impact the overall reputation figure, with 'social responsibility' accounting for around 10% of the total reputation value (ibid). Although the corporate social responsibility (CSR) factor seemed to have weak leveraging potential, it did have "sufficient impact to make their presence in corporate communications and messaging highly opportune" (ibid, p. 16).

Beyond absolute market numbers, there are more subtle ways in which reputation can materialise. This may include, for instance, companies' appeal to potential employees (Sullivan and Hachez 2014). This goes back to the question of whether sustainable and human rights-compliant investments are the soft power of today's businesses. According to Nye's definition of soft power in the context of international relations, the more attractive states seem, the more others will wish to be associated with them (Nye 1990). The answer to the question, therefore, seems to be affirmative: companies with a positive reputation are undoubtedly more likely to be seen as attractive associates.<sup>6</sup> This is supported by the findings of a January 2020 study prepared for the European Commission: when business and industry organisations were asked what the incentives to carry out due diligence (in the context of supply chain) were, the three main factors were reputational risks, investors requiring a high standard and consumers requiring a high standard (Smit et al 2020). Regulatory or legal risks were among the four least-mentioned incentives for businesses to carry out HRDD according to the same study (ibid).

With regard to operational risks, these may involve, for example, community-related conflicts, such as so-called land grab and evictions of local populations by virtue of faulty proceedings (Bernard and Nikolova, 2012). Local populations may also be involved in other conflicts, which might include violence towards individuals, in human rights and security matters. Operational risks such as these are also likely to have direct impact on companies' reputations,<sup>7</sup> and can contribute to, for example, companies being unable to obtain relevant certification from accreditation bodies.

Finally, a 2016 study that analysed the performance of stocks of companies known for embedding ESG aspects into their activities found that ESG factors lowered stock volatility and therefore reduced risks for investors, bringing a "risk-adjusted return" (Kumar et al 2016, p. 7).

The Enlightened Shareholder Value (ESV), or the long-term profit mindset

In terms of 'shareholder value', corporate governance is exercised based

---

6 See, for example, The Fashion Law, (2020). What Brands and Investors Need to Take Away from Fashion's Enduring Labor, Wage Scandals. *The Fashion Law* [Viewed 7 August 2020]. Available on: <https://www.thefashionlaw.com/what-brands-and-investors-need-to-take-away-from-fashions-enduring-labor-wage-scandals/>

7 See for example: Valoi, E., (2016). The Blood Rubies of Montepuez. *Foreign Policy*, 3 May 2016. [Viewed 28 August 2020]. Available on: <https://foreignpolicy.com/2016/05/03/the-blood-rubies-of-montepuez-mozambique-gemfields-illegal-mining/>

on shareholder profit maximisation (Keay 2013). Milton Friedman famously summarised this philosophy in 1970: “There is one and only social responsibility of business – to use its resources and engage in activities designed to increase its profits [...]” (Friedman 1970).

The ESV is based on the ‘shareholder value’ (Keay 2013, p. 15), with a twist. Whilst this article does not intend to analyse the efficacy of UK legislation in respect of this, the Companies Act 2006 is an appropriate practical example to illustrate the intended effect of ESV on companies’ operations. The ESV was adopted in the Companies Act 2006 through the directors’ “duty to promote the success of the company (s. 172)” that recognised that directors, whilst being business-oriented and are not, *inter alia*, judges of morality (CLRSG 2000), they should ensure that their companies thrive by taking, among other factors, long-term implications and competing interests into account, including those of its employees, communities and the environment (s. 172, Companies Act 2006). Although the ESV is notably more progressive than its predecessor, the success of the company still takes precedence in decision-making, even over potential human rights considerations (Muchlinski 2012).

The main intention behind the adoption of the ESV with respect to directors’ duties in the UK was to prioritise long-term management of the company (Keay 2013, p. 239). Apart from risks attributed to market volatility, which may be related to economic, political and social factors, there is also a branding case to discourage short-term investments: if companies are seen reviewing their approach constantly in order to adopt ever-changing short-term projects, it may be difficult for them to demonstrate their values to their employees (Tonello 2006, p. 8). Beyond their own personnel, in a world where customers and investors are increasingly more conscious of their choices, not being able to imprint a solid and robust signature that translates their values and mission into their products may be detrimental for companies’ reputations.

As will be discussed in Section 4, it is important to emphasise that environmental and climate change issues have become increasingly more important in investors’ decisions. They also constitute the core of long-term investment discussions and the importance of building a sustainable finance, whilst human rights matters remain overlooked.<sup>8</sup> In light of Member-States’ commitment to the Paris Agreement on Climate Change and the UN SDGs, the EU has developed an ‘Action Plan for Financing Sustainable Growth’, which recognises the urgency of disseminating a long-term mindset into financial and economic activities so as to discourage the segment’s high pressure to obtain short-term results (EC 2018, p. 2; 11). The excessive market pressure faced by investors and companies is, however, still very prominent in dictating investors’ strategies so as to maximise their profits, often preventing directors

8 See for example: Andersson, M., Bolton, P. and Samama, F., (2016). Hedging Climate Risk. *Financial Analysts Journal* 72(3).



from taking ESG-conscious decisions and thus overlooking potential harmful, long-lasting impacts (EC 2018, p. 11).

## The case for mandatory HRDD, Part II: The PRI and the accomplishment of the SDGs

With a view to assessing the reach of the PRI within the investment sector, this article compares the combined assets under management (AUM) of its signatories against current markers of the global financial assets (GFA). A 2014 Deutsche Bank report that mapped the GFA in 2013 evaluated its estimated value by combining six different asset classes: stock market capitalisation, public debt securities outstanding, financial institutions bonds outstanding, nonfinancial corporate bonds outstanding, securitised loans outstanding, and nonsecuritised loans outstanding (Deutsche Bank 2014, p. 1). For comparison purposes, in 2013 the total value of GFA was US\$242 trillion, and stock market capitalisation (SMCap) was estimated at US\$64 trillion (*ibid*). According to Bloomberg's World Exchange Market Capitalisation Index, the global SMCap was rated at US\$90 trillion before the COVID-19 crisis (Slok 2020). In contrast, the PRI's signatories' combined AUM totalled circa US\$100 trillion in April 2020 (PRI 2020).<sup>9</sup> That is to say that the PRI's total AUM were slightly in excess of just *one* of the classes that formed Deutsche Bank's GFA calculation.<sup>10</sup>

Although the combined AUM of the PRI's signatories do not seem negligible, not only are they far from covering, *inter alia*, a more significant part of the GFA, but they also cannot be necessarily construed as an accurate representation of signatories' responsible investments: according to the Signatory Accountability Rules, one of the minimum requirements for investors to become signatories of the PRI is the adoption of "a formalised policy that sets out an approach to responsible investment or ESG factors with coverage of more than 50% of AUM" (PRI 2018, p. 2). This appears to be highly convenient and grants investors with useful strategic leeway. According to the Financial Times, the fact that the minimum requirements are "easy to achieve" is not a secret, acknowledged even by the PRI itself, and was one of the initiatives' biggest selling points in order to attract a significant number of signatories (Tett 2020).

The lack of solid disclosure is also an issue when assessing how exactly ESG aspects are factored in, for example, asset managers' decisions, even

<sup>9</sup> Both figures do not reflect the COVID-19 repercussions and respective market fluctuation.

<sup>10</sup> It goes without saying that institutional investors may hold diversified portfolios that accommodate other classes of assets. To illustrate, BlackRock's Global Tactical Asset Allocation allocates 50% of an investor's portfolio to equity (spread across various countries and sectors), bonds (again, various countries and sectors) and cash (multiple currencies): BlackRock, 2020. *Global Tactical Asset Allocation (GTAA)*. [Viewed 31 July 2020]. Available on: <https://www.blackrock.com/institutions/en-gb/strategies/multi-asset/global-tactical-asset-allocation>).

amongst those who are signatories of the PRI (Matos 2020, p. 2). From a market perspective, research that analysed over 2000 empirical studies to assess ESG and its correlation with corporate financial performance found overall positive results (Friede, Busch and Bassen 2015). Against this backdrop, it is not surprising that buyers are trying “to out ESG each other” in order to attract funds (Jones 2020). This raises an increasing concern about investments that claim to be ESG compliant and potential ‘greenwashing’, where data is presented to misleadingly suggest that they are sustainable products (Jones 2020b). A study that analysed CSR ratings found “[...] evidence of manipulation when environmental and social ratings declined in response to a regulatory intervention that imposed a plausibly exogenous increase in the cost of greenwashing for business-to-consumer [...]” (Yang 2020, p. 33). According to the Chair of the European Securities and Markets Authority (ESMA), a key factor of ‘greenwashing’ prevention involves public authorities’ strong action to ensure effective measurement, verification and disclosure of ESG-related data (Maijoor 2020). This is yet another reason in favour of mandatory HRDD norms that can assure the accuracy of business reporting.

Potential liabilities to investments such as climate change, health and safety, and bribery and corruption have recently been a relevant part of investors’ considerations, with human rights not yet receiving the same weight (Sullivan and Hachez 2014).<sup>11</sup> Reiterating Dowell-Jones’s assessment of human rights risks metrics, “currently, environmental metrics measuring the ‘E’ and standards for the governance ‘G’ of the ESG are more developed than those measuring human rights, a component of ‘S’” (Bekink 2016, p. 232). Similarly, PRI’s CEO, Fiona Reynolds, stated that investors do not seem to understand their obligations under the voluntary framework, especially because they lack the holistic perception that all aspects of ESG are intertwined and can profoundly impact each other (Reynolds 2020b). One of the main reasons for this involves the “poor conceptualization of human rights” (Ruggie and Middleton 2019, p. 3). Such failure to interpret ESG factors as a single unit resulted in significant action to tackle environmental degradation and cli-

---

<sup>11</sup> The concern with corruption fosters a more encompassing discussion on why companies should be mindful of broader rights-related debates that involve, *inter alia*, the rule of law and democracy (HRC 2020). Whilst disagreeing on the extent of their shared dependency, some scholars sustain that democracies may foster capitalism, so as to allow the latter to exist within a clear set of rules that can indeed be beneficial to investors (Amico 2020; Amico 2020b; Amico 2020c). Agosin refers to anticompetitive behaviour, which may be harmful to companies, arguing that they would benefit from the level of regulation and the enforcement framework of strong democracies (Amico 2020). Also see Henderson, R., (2020). The Business Case for Saving Democracy: Why Free Markets Need Free Politics. *Harvard Business Review*, March 2020. [Viewed 24 July 2020]. Available on: <https://hbr.org/cover-story/2020/03/the-business-case-for-saving-democracy>. From the victims’ point of view, corruption may render redress even more challenging (HRC 2020). See the UN Working Group on Business and Human Rights’ Report: HRC, (2020). Connecting the Business and Human Rights and the Anti-Corruption Agendas. *UN Docs. A/HRC/44/43*.

mate change, whilst human rights have been neglected (Reynolds 2020b).<sup>12</sup>

The 17 SDGs are not limited to environmental targets; they also involve, *inter alia*, reducing inequalities (Goal 10) and promoting economic growth and decent work for all (Goal 8) through the creation of “(...) a viable model for the future in which all economic growth is achieved without compromising our environment or placing unfair burdens on societies” (PRI 2017, p. 18). With this in mind, investors must also understand that, similarly to ESG aspects, the SDGs cannot be considered in isolation. The idea that development must tackle all 17 goals has to underpin companies’ and investors’ actions in order to continue expanding their ESG performance whilst making an especial effort to pay equal attention to human rights concerns. According to Reynolds, COVID-19 illustrates the “(...) interconnectedness of these issues, [... and] (...) how people and a healthy planet are (...) preconditions to a healthy economy” (Reynolds 2020).

## Conclusion

Following two decades of soft law and its uneven practical implementation and enforcement and despite the absence of a mandatory framework, there has been a recent wave of responsible investments that seem to have increasingly been gaining space in the world’s markets. This cannot (in general) be attributed to investors’ high ethical standards, but rather to pragmatic and objective reasons that make the business case for investors to take into account ESG factors in decision-making. Numerous risks can potentially result from ESG issues and short-term investments, and this has become a major incentive for investors to adjust their portfolios to serve a more responsible finance. Despite this recent trend, the PRI’s reach with investors is still modest in the context of an estimate of the GFA, and does not sufficiently address concerns, such as adequate disclosure and accurate assessment of investors’ ESG-compliant products. Undoubtedly, the PRI have been instrumental in paving the way for change in the industry, but they must now be replaced by more comprehensive rules to bind all equally, *i.e.* compulsory HRDD, that will, in fact, ensure that human rights matters *will* be addressed. As long as investors undervalue human rights and the social component of ESG, and perceive each of these areas individually and disconnected, there will be no effective accomplishment of the SDGs, especially in the aftermath of the COVID-19.

## Bibliography

AMICO, L., Do Democracy and Capitalism Really Need Each Other? Interview with Manuel Agosin. **Harvard Business Review**, 11 March. [Viewed 24 July

---

<sup>12</sup> This is supported by, for example, the EU’s Action Plan on Financing Sustainable Growth: “Environmental and social considerations are often intertwined, as especially climate change can exacerbate existing systems of inequality” (EC 2018, p. 1).

2020]. Available on: <https://hbr.org/2020/03/do-democracy-and-capitalism-really-need-each-other>

AMICO, L., Do Democracy and Capitalism Really Need Each Other? Interview with Steven Klein. **Harvard Business Review**. 11 March. [Viewed 24 July 2020] Available on: <https://hbr.org/2020/03/do-democracy-and-capitalism-really-need-each-other>.

AMICO, L., Do Democracy and Capitalism Really Need Each Other? Interview with Isabel V. Sawhill. **Harvard Business Review**, 11 March 2020. [Viewed 24 July 2020]. Available on: <https://hbr.org/2020/03/do-democracy-and-capitalism-really-need-each-other>

AMO Strategic Advisors. **What price reputation? Corporate Reputation Value Drivers: A Global Report** by AMO, 2019. [Viewed 25 July 2020]. Available on: [https://www.amo-global.com/files/media/files/04411587427371e912e14b4b93476f48/AMO\\_What\\_Price\\_Reputation\\_report.pdf](https://www.amo-global.com/files/media/files/04411587427371e912e14b4b93476f48/AMO_What_Price_Reputation_report.pdf)

BEKINK, M. J. Thinking Long-Tem: Investment Strategies and Responsibility. In D. Bauman-Pauly and J. Nolan, eds. **Business and Human Rights: From Principles to Practice**. New York: Routledge, pp. 225-235, 2016.

BERNARD, V. and NIKOLOVA, M. Interview with John G. Ruggie. **International Review of the Red Cross**. 94/887, 891-902, 2012.

CHR. Responsibilities of Transnational Corporations And Related Business Enterprises With Regard to Human Rights. **UN Doc.**, 2004. E/CN.4/DEC/2004/116 (22 April)

CHR. Human rights and transnational corporations and other business enterprises. **UN Doc**, 2005. E/CN.4/RES/2005/69 (20 April)

COMPANY LAW REVIEW STEERING GROUP (CLRSG). Modern Company Law: for a Competitive Economy – Developing the Framework. **Company Law Review**. March, 2000.

DEMBINSKI, P. H., BONVIN, J-M., DOMMEN, E. and MONNET, F-M. The Ethical Foundations of Responsible Investment. **Journal of Business Ethics**. 48/2, 203-213, 2003.

DEUTSCHE BANK. Mapping the World's Financial Markets. **Deutsche Bank Research**. 1 April 2, 2014.

DOWELL-JONES, M. Investors: models and strategies for engaging with human rights. In D. Bauman-Pauly and J. Nolan, eds. **Business and Human Rights: From Principles to Practice**. New York: Routledge, 209-225, 2016.

DOWELL-JONES, M. and KINLEY, D. The Monster Under the Bed: Financial Services and the Ruggie Framework. In R. Mares, ed., **The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation**. The Netherlands: Brill, 193-216, 2012.

FRIEDE, G., BUSCH, T. and BASSEN, A. ESG and financial performance: aggregated evidence from more than 2000 empirical studies. **Journal of Sustainable Finance & Investment**. 5/4, 210-233, 2015.

FRIEDMAN, M. A Friedman Doctrine – The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits, 2970. **New York Time**, 13 September. [Viewed 28 July 2020]. Available on: <https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html>

HRC. Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework. **UN Doc**, 2011. A/HRC/17/31. 21 March

JÄGERS, N. UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Making Headway Towards Real Corporate Accountability? **Netherlands Quarterly of Human Rights**. 29/2, 159-163, 2011.

JONES, D. The Rise in Sustainable investing and ‘ESG’ stocks. **Deutsche Bank**, 2020, 28 July. [Viewed 31 July 2020]. Available on: [https://www.dbresearch.com/servlet/reweb2.ReWEB?rwnode=RPS\\_EN-PROD\\$PROD000000000464258&rwsite=RPS\\_EN-PROD&rwobj=ReDisplay.Start.class&document=PROD0000000000510531](https://www.dbresearch.com/servlet/reweb2.ReWEB?rwnode=RPS_EN-PROD$PROD000000000464258&rwsite=RPS_EN-PROD&rwobj=ReDisplay.Start.class&document=PROD0000000000510531)

JONES, H. EU watchdog says ESG rating firms need rules to stop ‘greenwashing’, 2020. **Reuters**. 12 February. [Viewed 9 August 2020]. Available on: <https://www.reuters.com/article/us-eu-climate-regulator/eu-watchdog-says-esg-rating-firms-need-rules-to-stop-greenwashing-idUSKBN2062H6>

KEAY, A. **The Enlightened Shareholder Value Principle and Corporate Governance**. New York: Routledge, 2013.

KUMAR, N. C. A., SMITH, C., BADIS, L., WANG, N., AMBROSY, P. and TAVARES, R. ESG Factors and Risk-Adjusted Performance: A New Quantitative Model. **Journal of Sustainable Finance & Investment**. October, 2016.

MAIJOOR, S. **Steven Maijoor on Sustainable Finance at the European Financial Forum in Dublin. Speech at the European Financial Forum**, Dublin, 12 February, 2020. [Viewed 9 August 2020]. Available on: <https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/steven-maijoor-sustainable-finance-european-financial-forum-in-dublin>

MARTINS-ORTEGA, O. Human Rights Due Diligence for Corporations: From Voluntary Standards to Hard Law at Last? **Netherlands Quarterly of Human Rights**, 2013. 31/4, 44-57

MATOS, P. ESG and Responsible Institutional Investing Around the World: A Critical Review, 2020. **CFA Institute Research Foundation**. [Viewed 9 August 2020]. Available on: <https://www.cfainstitute.org/-/media/documents/book/rflit-review/2020/rflr-esg-and-responsible-institutional-investing.ashx>

MUCHLINSKI, P., Implementing the New UN Corporate Human Rights Framework: Implications for Corporate Law, Governance, and Regulation, 2012. **Business Ethics Quarterly**. 22/1, 145-177.

NYE, J. S. Soft Power. **Foreign Policy**. 80/Autumn, 153-171, 1990.

PRINCIPLES FOR RESPONSIBLE INVESTMENT (PRI). **The SDG Investment Case**, 2017. Viewed 10 August 2020. Available on: <https://www.unpri.org/download?ac=5909>

PRINCIPLES FOR RESPONSIBLE INVESTMENT (PRI). **Signatory Accountability Rules**, 2018. Viewed 3 August 2020. Available on: <https://www.unpri.org/Uploads/p/j/v/2018-Signatory-Accountability-Rules.pdf>

PRINCIPLES FOR RESPONSIBLE INVESTMENT (PRI). **Principles for Responsible Investment: An Investor Initiative in Partnership with UNEP Finance Initiative and the UN Global Compact**, 2020. Viewed 28 July 2020. Available on: <https://www.unpri.org/download?ac=10948>

REYNOLDS, F. Business and Human Rights – Towards a Decade of Global Implementation. **UN Human Rights Special Procedures Global Launch**. 7 July, 2020. [Viewed 15 July 2020]. Available on: <https://www.youtube.com/watch?v=2vWqc88Zlag&t=13s>

REYNOLDS, Fiona. **Climate Change and Human Rights.**, 2020. Webinar from Global Compact Network Australia, 21 July. [Viewed 8 August 2020]. Available on: <https://unglobalcompact.org.au/webinar-recording-climate-change-and-human-rights/>

RUGGIE, J. G. **Just Business: Multinational Corporations and Human Rights**, 2013. New York: W. W. Norton & Company

RUGGIE, J. G. and MIDDLETON, E. K. Money, Millennials and Human Rights: Sustaining ‘Sustainable Investing’. **Global Policy**, 2019. 10/1, 1-7.

SLOK, T. COVID-19 and Global Financial Markets. **Deutsche Bank Research**, March, 2020. Viewed 31 July 2020. Available on: [https://bcf.princeton.edu/wp-content/uploads/2020/03/01b-Slok\\_Presentation\\_Princeton\\_Special.pdf](https://bcf.princeton.edu/wp-content/uploads/2020/03/01b-Slok_Presentation_Princeton_Special.pdf)

SMIT, L., BRIGHT, C., MCCORQUODALE, R., BAUER, M., DERINGER, H., BAEZA-BREINBAUER, D., TORRES-CORTÉS, F., *et al.* **Study on Due Diligence Requirements Through the Supply Chain: Final Report**, 2020. Report prepared for the European Commission. January.

STOREBRAND ASSET MANAGER, KLP, Gjensidige, Sparebank 1 Forsikring, MP Pension, Nordea Asset Management, AP Pension *et al.* **Open letter from financial institutions to halt deforestation in Brazil**, 2020 (23 June 2). [Viewed 22 July 2020]. Available on: <https://www.storebrand.no/en/asset-management/sustainable-investments/active-ownership/deforestation>

SULLIVAN, R. and HACHEZ, N. Institutional Investors and Corporate Practice: Why We Need More Than Management Process Frameworks for Business and Human Rights. Presentation, **Corporate Accountability and Access to Remedies for Corporate Wrongs Conference**, Bristol University Law School, 8 November, 2014.

TETT, G., NAUMAN, B., EDGECLIFFE-JOHNSON, A. and TEMPLE-WEST, P. Moral Money: 20 Things to Watch in 2020. **Financial Times**, 2020 2 January. [Viewed 3 August 2020]. Available on: <https://www.ft.com/content/d52684e0-2c09-11ea-bc77-65e4aa615551>

TONELLO, M. Corporate/Investor Summit Series: Revisiting Stock Market Short-Termism. **The Conference Board Research Report**, 2006. No. R-1386-06-RR, 1 April

THÉRIEN, J. P. and POULIOT, V. The Global Compact: Shifting the Politics of

International Development? **Global Governance**, 2006. 12/1, 55-75

UN HUMAN RIGHTS COUNCIL (HRC). Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie. **UN Doc**, 2008. A/HRC/8/5. 7 April

UN SUB-COMMISSION ON THE PROMOTION AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS. Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights. **UN Doc**, 2003. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2. 26 August

WILLIAMS, O. F. The UN Global Compact: The Challenge and the Promise. **Business Ethics Quarterly**, 2004. 14/4, 755-774

YANG, R. What do We Learn From Ratings About Corporate Social Responsibility? **Columbia Business School Research Paper** No. 18-37, 2020. [Viewed 9 August 2020]. Available on: [https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract\\_id=3165783](https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=3165783)

ZERK, J. **Corporate liability for gross human rights abuses**: A report prepared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights, 2013. Viewed 30 July 2020. Available on: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/StudyDomesticLawRemedies.pdf>

# DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS EN LAS AMÉRICAS: AVANCES EN EL RESPETO Y LA GARANTÍA DEL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO

**Daniel Iglesias Márquez**

Investigador postdoctoral “Juan de la Cierva”. Universidad de Sevilla

## Resumen:

En el continente americano, la lógica extractivista de la economía-mundo capitalista ha estimulado y beneficiado el desarrollo de actividades empresariales que generan graves impactos negativos que afectan el disfrute del derecho a un medio ambiente, así como otros derechos humanos que dependen de las condiciones ambientales adecuadas para su disfrute. El objetivo del presente artículo es analizar en qué medida los estándares en materia de empresas y derechos humanos del sistema interamericano de derechos humanos contribuyen a la protección y garantía del derecho a un medio ambiente sano frente a la lógica extractivista de las políticas de desarrollo de los Estados de la región.

**Palabras clave:** Empresas; Derechos Humanos; Estándares interamericanos; Derecho a un medio ambiente sano

## Introducción

En las Américas está ampliamente reconocido, tanto en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados como en el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), el derecho a un medio ambiente sano y su estrecha relación e interdependencia con otros derechos humanos. La Opinión Consultiva 23/17 sobre medio ambiente y derechos humanos de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos (Corte IDH), solicitada por el Estado de Colombia en noviembre de 2017,<sup>1</sup> constituye un hito en la protección del medio ambiente a través del SIDH.

La Opinión Consultiva 23/17, por un lado, reafirma la amplia juris-

---

1 CORTE IDH, *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23. Sobre la Opinión Consultiva 23/17.



prudencia del SIDH, que reconoce la innegable existencia de una relación de interdependencia e indivisibilidad entre el medio ambiente y los derechos humanos,<sup>2</sup> sobre todo en los casos de derechos territoriales de pueblos indígenas y tribales.<sup>3</sup> Los órganos del SIDH se han encargado de impulsar un proceso de “ecologización” de los instrumentos interamericanos a través de sus pronunciamientos, que identifican que la protección del medio ambiente es parte del contenido de algunos de los derechos recogidos en la Declaración y Convención Americana, o bien, es un requisito para el ejercicio efectivo de tales derechos.<sup>4</sup> Por otro lado, a partir de una interpretación progresiva de la Convención Americana, la Corte IDH reconoció en su Opinión Consultiva 23/17 que el derecho a un medio ambiente sano es un derecho autónomo y justiciable,<sup>5</sup> en virtud del artículo 26 relativo a los derechos económicos, sociales y culturales.<sup>6</sup>

No obstante, las actividades de las empresas extractivas en las Américas han demostrado tener un grave impacto negativo en el medio ambiente, que agudiza y acelera los efectos de la actual crisis ambiental y de la emergencia climática, cuyos efectos adversos no tienen cura y, por ende, pueden resultar catastróficas para las personas y otras especies y ecosistemas. Los impactos de las actividades de las empresas extractivas no solo afectan a los elementos del medio ambiente, sino también tienen efectos directos en el disfrute de los derechos humanos, incluido el derecho humano a un medio ambiente sano.

En la región, por lo general, los impactos negativos de las empresas extractivas sobre el medio ambiente y los derechos humanos ocurren ante la incapacidad o la falta de voluntad de los gobiernos de regular adecuadamente las operaciones de dichas empresas, así como de hacer efectiva su responsabilidad por dichos impactos. A esto se suma la falta de recursos por parte de los Estados para la supervisión y fiscalización de las actividades extractivas, la corrupción y la captura estatal denunciada por la sociedad civil, entre otros factores. Por este motivo, en las últimas dos décadas los órganos del SIDH vienen incidiendo cada vez más en la obligación de los Estados americanos de

---

2 Los derechos especialmente vinculados al medio ambiente se han clasificado en dos grupos: 1) los derechos sustantivos como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la salud o a la propiedad y 2) los derechos de procedimiento como el derecho a la libertad de expresión y asociación, a la información, a la participación en la toma de decisiones y a un recurso efectivo. Véase, CORTE IDH, *op. cit.*, nota 1, párr. 103.

3 Véase, por ejemplo, *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; y, *Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

4 ESPINOSA GONZÁLEZ, A., “La Declaración de Bogotá y el Medio Ambiente”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, n° 13, 2019, pp. 1-36.

5 La justiciabilidad autónoma de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales se reconoce y se desarrolla a partir del caso *Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.

6 CORTE IDH, *op. cit.*, nota 1, párrs. 57-58.

respetar y garantizar los derechos reconocidos en los principales instrumentos interamericanos en el contexto de las actividades empresariales, de conformidad con los desarrollos y estándares internacionales en materia de empresas y derechos humanos.<sup>7</sup> Por tanto, los Estados de la región, muchos de ellos dependientes de la inversión extranjera directa (IED) en el sector extractivo,<sup>8</sup> comparten el reto común de conciliar el desarrollo económico con el respeto de los derechos humanos y la protección del medio ambiente. Al respecto, la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos (CIDH) aclara que “las normas del sistema interamericano de derechos humanos no impiden ni desalientan el desarrollo, pero exigen que el mismo tenga lugar en condiciones tales que se respeten y se garanticen los derechos humanos de los individuos afectados”.<sup>9</sup>

El reconocimiento de un derecho autónomo a un medio ambiente sano en el SIDH implica que los Estados, en el marco de sus obligaciones de derechos humanos, articulen una serie de medidas y acciones que promuevan una conducta empresarial responsable acorde con los límites planetarios. En este sentido, el objetivo de los siguientes epígrafes del presente estudio es discernir y reflexionar sobre los deberes de los Estados del SIDH para cumplir sus obligaciones de respetar y garantizar el derecho a un medio ambiente sano en el contexto de las actividades extractivas.

## **Estándares en materia de empresas y derechos humanos en las Américas**

En 2016, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos solicitó a la CIDH realizar un estudio sobre los estándares interamericanos en materia de empresas y derechos humanos, a partir de un análisis de las convenciones, jurisprudencia e informes emanados del sistema interamericano (AG/RES. 2887 (XLVI-O/16)). A inicios de 2020, la CIDH y su Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) publicaron el informe titulado “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos” que esclarece el contenido de las obligaciones de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales. Si bien el informe no profundiza en las obligaciones de los Estados de proteger el derecho a un medio ambiente sano frente a las actividades extractivas, sí que proporciona importantes orientaciones que, junto con la Opinión Consultiva 23/17, influyen en el comporta-

7 Sobre la responsabilidad empresarial y los derechos humanos en el SIDH, véase, CANTÚ RIVERA, H., “Business and Human Rights in the Americas: Defining a Latin American Route to Corporate Responsibility”. En: CERNIC, J. L. y CARRILLO-SANTARELLI, N. (eds.), *The Future of Business and Human Rights. Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2018, pp. 163-184.

8 UNCTAD, *World Investment Report 2020*, Nueva York, UNCTAD, 2020, pp. 27-53.

9 CIDH, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, CIDH, Washington D.C., 2015, párr. 56.

miento ambiental de las empresas extractivas.

Este informe es hasta ahora único en su clase en la región. Se trata de una contribución sustancial para la discusión integral de la responsabilidad de las empresas extractivas de proteger el medio ambiente y respetar los derechos humanos. Asimismo, puede servir para impulsar el desarrollo de iniciativas normativas y políticas, tanto a nivel regional como en la normativa interna de los Estados, que generen un contrapeso al extractivismo en las Américas.

El informe señala expresamente que “el estudio de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos en el contexto de las industrias extractivas y proyectos de desarrollo conforma un área de la mayor preocupación y seguimiento de la Comisión y su REDESCA”. Por otro lado, según el informe, el derecho a un medio ambiente sano es un criterio fundamental y transversal que los Estados deben tomar en cuenta e incluir en sus sistemas políticos y jurídicos en materia de empresas y derechos humanos.

Los estándares en el SIDH cumplen función de guía para el actuar político de los Estados. Por tanto, son catalogados como *soft law*, ya que estos únicamente orientan a los Estados en su actuar o en la construcción de su normativa y política pública interna con el fin de asegurar el ejercicio pleno de los derechos humanos.<sup>10</sup> No obstante, la CIDH ha intentado dotarlos de fuerza vinculante, ya que considera que “el desarrollo jurídico de estándares en el marco del sistema interamericano de derechos humanos debe estar acompañado por esfuerzos de los Estados de ponerlos en práctica”.<sup>11</sup> Sin embargo, la amplitud de los estándares interamericanos genera dificultades en su interiorización en los sistemas nacionales y en las prácticas de los Estados.<sup>12</sup>

El informe “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, aunque no es vinculante ni ejecutable, recopila y establece valiosos estándares que buscan impactar en los sistemas jurídicos nacionales y orientar la actuación política de los Estados, con el fin de alcanzar la operatividad de las normas del sistema interamericano en el contexto de las actividades empresariales. En otros ámbitos, los estándares establecidos en el sistema interamericano han guiado las políticas de los Estados en beneficio de los derechos de las mujeres, los niños y niñas y los pueblos indígenas.<sup>13</sup> Por tanto, el informe aporta insumos relevantes para orientar la actuación de los Estados del SIDH para conciliar el modelo de desarrollo económico con la protección del medio ambiente y el respeto de los derechos humanos.

---

10 DE CASAS, C. I., “¿Qué son los estándares de derechos humanos?”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 9, n° 2, 2019, pp. 291-301.

11 CIDH, *Universalización del sistema interamericano de derechos humanos*, CIDH, Washington D.C., 2015, párr. 4.

12 MOLINA VERGARA, M., “Estándares jurídicos internacionales: necesidad de un análisis conceptual”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 25, n° 1, 2018, pp. 233-256.

13 CIDH, *op. cit.*, nota 11, párr. 44.

## Las obligaciones de los Estados de respetar y garantizar el derecho a un medio ambiente sano en el contexto de las actividades extractivas

En el SIDH, la obligación de respetar implica la restricción al ejercicio del poder estatal. Es decir, “toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto [...]”.<sup>14</sup> En el ámbito de empresas y derechos humanos, la CIDH y su REDESCA señalan que esta obligación supone que “los Estados deban abstenerse de desplegar conductas vinculadas a actividades empresariales que contravengan el ejercicio de los derechos humanos”.<sup>15</sup> De lo contrario, la acción o inacción de las empresas puede dar lugar a la responsabilidad directa de los Estados por el incumplimiento de dicha obligación, sobre todo en los casos en los que existe un vínculo entre el Estado y las empresas implicadas en los abusos de derechos humanos.<sup>16</sup>

En este sentido, se espera que las actividades extractivas de los Estados prediquen con el ejemplo del ejercicio de las prácticas de diligencia debida en materia de derechos humanos.<sup>17</sup> Los Estados tienen un mayor nivel de influencia y control del comportamiento de las empresas públicas, ya que tienen una participación significativa en la toma de decisiones y en el financiamiento de sus actividades.<sup>18</sup> Al respecto, la CIDH y su REDESCA reafirman que, en estos supuestos, los Estados disponen o deben disponer de más medios para velar por el respeto de los derechos humanos, así como de la posibilidad de ejercer un mayor nivel de control o influencia sobre dichas empresas.<sup>19</sup> Al tratarse de empresas públicas, la obligación de respetar se hace más estricta para los Estados y, por tanto, se hace necesario contar con mecanismos apropiados de diligencia debida y de rendición cuentas sobre la actuación de las actividades de estas empresas. Incluso, se debe promover la adhesión a los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos.<sup>20</sup>

14 Véase, Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4., párr. 169.

15 CIDH, *Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*, CIDH, Washington D.C., 2019, párr. 69.

16 Véase, comentario del Principio 5 de los Principios Rectores que establece que “[l]os Estados no renuncian a sus obligaciones internacionales de derechos humanos por privatizar la prestación de servicios con un posible impacto sobre el disfrute de los derechos humanos. Si no aseguran que las empresas que prestan esos servicios cumplan las obligaciones de derechos humanos, las consecuencias pueden ser perjudiciales para la reputación del propio Estado y atraerle problemas legales.”

17 Véase, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, 4 de mayo de 2016, A/HRC/32/45, párrs. 36 y 52.

18 BACKER, L. C., “The Human Rights Obligations of State-Owned Enterprises (SOEs): Emerging Conceptual Structures and Principles in National and International Law and Policy”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 51, 2017, pp. 827-886.

19 CIDH, *op. cit.*, nota 15, párr. 312.

20 Véase, “Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos”, disponible en: *www*.

En relación con la obligación de garantía contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana, esta exige una acción positiva de los Estados, que no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible su cumplimiento, sino que requiere, a su vez, una conducta gubernamental que asegure la eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.<sup>21</sup> La obligación de garantía se proyecta más allá de la relación entre los agentes estatales y las personas sometidas a su jurisdicción, por lo que implica el deber de prevenir, en la esfera privada, que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos en el SIDH.<sup>22</sup> En este sentido, la CIDH y su REDESCA, en su informe sobre empresas y derechos humanos, identifican y desarrollan cuatro deberes estatales interconectados para dar cumplimiento a la obligación de garantía en el contexto de las actividades empresariales: 1) prevenir violaciones a los derechos humanos en el marco de actividades empresariales, 2) fiscalizar tales actividades, 3) regular y adoptar disposiciones de derecho interno e 4) investigar, sancionar y asegurar el acceso a reparaciones integrales para víctimas en dichos contextos.<sup>23</sup> Los deberes anteriores se extrapolan – con ciertos matices- a la obligación de los Estados de garantizar el derecho a un medio ambiente sano frente al desarrollo de las actividades extractivas de carácter público o privadas.

A efectos de garantizar el derecho a un medio ambiente sano y otros derechos interdependientes frente al desarrollo de las actividades extractivas, los Estados tienen la obligación de prevenir daños ambientales. Para ello, deben adoptar las medidas oportunas para identificar y prevenir los impactos y riesgos, posibles y reales, de las actividades extractivas sobre el medio ambiente. En el SIDH se ha destacado la utilidad de los estudios de impacto ambiental (EIA) como herramienta de medida objetiva del posible daño ambiental de cualquier actividad que pueda generarlo. En la mayoría de los Estados americanos, la legislación nacional contempla la obligación de llevar a cabo un EIA respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente produzca un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente.

En cuanto al deber de supervisar, en diversas ocasiones los órganos del SIDH se han pronunciado sobre el deber específico de los Estados de fiscalizar los proyectos extractivos, de explotación o desarrollo, debido a la posibilidad de afectar derechos humanos, incluyendo el cuidado del medio ambiente.<sup>24</sup> En el SIDH, la falta de supervisión de los impactos ambientales

---

*voluntaryprinciples.org/*.

21 Véase, Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4., párr. 167.

22 Véase, Corte IDH. *Caso de la «Masacre de Mapiripán» vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr.111 y *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298. párr. 170.

23 CIDH, *op. cit.*, nota 15, párr. 86.

24 Véase, *inter alia*, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No.

de las actividades extractivas es un elemento común en diversos casos. Esto se debe a que los Estados no cuentan con los recursos necesarios para cumplir con este deber. Por tanto, los Estados deben reforzar las medidas y los mecanismos independientes de control y vigilancia de los proyectos extractivos de recursos naturales y las actividades peligrosas. Esto implica no solo reforzar las capacidades y los recursos de las autoridades competentes, sino también la capacitación y sensibilización de los inspectores en temas de empresa y derechos humanos. Las autoridades competentes deben ser capaces de identificar y prevenir los impactos ambientales de las empresas extractivas, al mismo tiempo que deben ser capaces de investigar, sancionar y reparar posibles daños ambientales, de acuerdo con los estándares internacionales.

En relación con el deber de regular, la CIDH y su REDESCA clarifican en su informe sobre empresas y derechos humanos que este deber comprende la adopción de legislación interna y políticas pertinentes para la protección de los derechos humanos en el marco de las actividades empresariales, lo que supone la incorporación de garantías sustantivas y procesales que aseguren el respeto a los derechos humanos en la legislación que regula el comportamiento de las empresas, incluyendo la creación, operación y disolución de las mismas.<sup>25</sup> En este sentido, los órganos del SIDH han subrayado que la regulación de las actividades extractivas es una obligación esencial para hacer efectivos los derechos humanos. De lo contrario, la falta de regulación o la regulación inapropiada de las actividades extractivas, de explotación o de desarrollo, en un Estado puede generar su responsabilidad.<sup>26</sup> A esto se suma que la Opinión Consultiva 23/17 reconoce en el SIDH el deber de los Estados de regular y adoptar medidas para prevenir daños significativos al medio ambiente.<sup>27</sup>

Finalmente, la garantía del derecho a un medio ambiente sano frente a las actividades extractivas implica que los Estados adopten medidas apropiadas para asegurar que las personas y comunidades afectadas por los impactos ambientales producidos bajo su jurisdicción puedan acceder a mecanismos de reparación efectivos, lo que incluye la rendición de cuentas de las empresas extractivas y la determinación de su responsabilidad penal, civil o administrativa. En las Américas, uno de los principales desafíos de la región es la reparación efectiva de las personas y comunidades que sufren los impactos de las actividades extractivas. La confluencia de una serie de factores, como la falta de voluntad política, la corrupción, la falta de asistencia legal a víctimas, la politización del poder judicial, y la estructura y el carácter transnacional de las empresas extractivas, entre otros, impiden el acceso efectivo a la justicia ambiental.

---

149, párrs. 89 y 90; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 167; *Caso I.V. vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párrs. 154 y 208.

25 CIDH, *op. cit.*, nota 15, párrs. 106-112.

26 CIDH, *op. cit.*, nota 9, párrs. 66-76.

27 CORTE IDH, *op. cit.*, nota 1, párrs. 146-151.

Por lo anterior, los Estados no solo deben tener en cuenta los recursos judiciales (administrativos, civiles o penales), sino también los mecanismos alternativos, como los extrajudiciales y no estatales, que puedan facilitar la rendición de cuentas de las empresas y la reparación a las víctimas. Algunas de las medidas propuestas por la CIDH y su REDESCA para cumplir con este deber son, entre otras: el establecimiento de regímenes jurídicos de responsabilidad compartida de la empresa matriz o del grupo empresarial; el ofrecimiento de asistencia jurídica y otros sistemas de financiación a la parte demandante; la habilitación de demandas colectivas relacionadas con los derechos humanos y los litigios de interés público; el acceso a la información mediante legislación de divulgación obligatoria; la adopción de normas de procedimiento que permitan a las víctimas obtener la divulgación de pruebas en poder de la empresa acusada; y la inversión de la carga de la prueba cuando la empresa demandada tenga conocimiento o control exclusivo de la totalidad o parte de los hechos y datos pertinentes para resolver una reclamación.<sup>28</sup>

Junto con las medidas anteriores, con el fin de garantizar el derecho a un medio ambiente sano frente a las actividades extractivas, los Estados deben asegurar que las personas tengan acceso a recursos, sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, para: 1) impugnar cualquier norma, decisión, acto u omisión de las autoridades públicas que contraviene o puede contravenir las obligaciones de derecho ambiental; 2) asegurar la plena realización de los demás derechos de procedimiento, es decir, el derecho al acceso a la información y la participación pública; y 3) remediar cualquier violación de sus derechos, como consecuencia del incumplimiento de obligaciones de derecho ambiental.

## **Avances de la protección del medio ambiente a través de los estándares interamericanos sobre empresas y derechos humanos**

En el continente americano el respeto y la garantía del derecho a un medio ambiente sano frente a las actividades extractivas presenta algunos retos particulares debido a las características y relevancia del sector en las economías de los Estados. En este sentido, los estándares interamericanos sobre empresas y derechos humanos abordan importantes temas que son clave para asegurar este derecho ante el extractivismo en las Américas. Debido a la extensión limitada del presente estudio, resulta imposible llevar a cabo un análisis crítico de todas las cuestiones necesarias para la protección integral de este derecho. Por ello, se han elegido dos temas que representan un reto especial en relación con el objeto principal de este estudio: (1) las personas defensoras de la tierra y del medio ambiente, (2) el carácter extraterritorial de las actividades extractivas y (3) cambio climático.

La región de América Latina y el Caribe se ha convertido en una de las regiones más peligrosas y mortales para la defensa de los derechos humanos

---

28 Ibid., párrs 134 y 139.

y la protección del medio ambiente frente a las actividades extractivas. Según datos de la organización *Global Witness*, en 2019 se registraron un total de 212 casos de asesinatos de personas defensoras de la tierra y del medio ambiente. A esto se suman también los casos de ataques físicos, intimidación y amenazas, criminalización y represalias que sufren estas personas. Más de dos tercios de estos casos tuvieron lugar en países de la región de América Latina como Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Perú y Venezuela. La cifra más alta de asesinatos se registró en Colombia, con un total de 64 casos, lo que equivale a un aumento de más del 150% de casos en comparación con 2018.<sup>29</sup>

Teniendo en cuenta el contexto anterior, la CIDH y su Relatoría DESCA reafirman que en el ámbito de empresas y derechos humanos los Estados son los principales responsables en garantizar que se prevengan, identifiquen y sancionen las violaciones contra personas defensoras de derechos humanos. Para ello, deben implementar acciones efectivas que detengan las crecientes formas de agresión, criminalización, vigilancia e impunidad contra estas personas en el marco de las actividades empresariales.<sup>30</sup> En segundo lugar, los Estados americanos deben establecer “un marco legal claro, que prevea sanciones contra empresas que están involucradas en la criminalización, estigmatización, abusos y violaciones contra quienes defienden los derechos humanos, incluyendo empresas privadas de seguridad y contratistas que actúan en nombre de la empresa involucrada”.<sup>31</sup> Finalmente, en el marco de las instituciones internacionales de financiamiento, se sugiere a los Estados la implementación de sistemas independientes y participativos, en los que se tengan en cuenta las consideraciones de las personas defensoras de derechos humanos en el momento de otorgar el financiamiento.<sup>32</sup>

Por otra parte, gran parte de la IED en el sector extractivo proviene de grandes empresas extranjeras y de la región. Por tanto, un rasgo característico del sector es que las actividades extractivas suelen ser llevadas a cabo por empresas transnacionales que tienen su sede principal en un tercer Estado distinto al de sus operaciones. Por ello, en las Américas, el ejercicio de la jurisdicción prescriptiva y jurisdiccional extraterritorial es clave para garantizar el derecho a un medio ambiente sano ante las corrientes de IED en actividades extractivas.

El informe sobre empresas y derechos humanos de la CIDH y su REDESCA presenta un impulso para que los Estados consideren sus obligaciones extraterritoriales en relación con las operaciones de sus empresas extractivas. Según la CIDH y su REDESCA, en el contexto de la sociedad altamente globalizada, la aplicación extraterritorial de los sistemas políticos y jurídicos

29 GLOBAL WITNESS, *Defender el mañana. Crisis climática y amenazas contra las personas defensoras de la tierra y del medio ambiente*, Global Witness, Londres, 2019, pp. 8-9.

30 CIDH, *op. cit.*, nota 15, párr. 327

31 CIDH, *op. cit.*, nota 15, párr. 47.

32 *Ibid.*, párr. 317.



nacionales en materia de empresas y derechos humanos constituye un elemento clave, ya que se ajusta a las complejas formas de organización y operaciones transnacionales de las empresas.<sup>33</sup> A esto se suma que la Corte IDH, en su Opinión Consultiva 23/17, ha interpretado que el concepto de jurisdicción bajo el artículo 1.1 de la Convención Americana abarca toda situación en la que un Estado ejerza autoridad o control efectivo sobre las personas, dentro o fuera de su territorio. Por ello, los Estados están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para evitar que las actividades desarrolladas en su territorio o bajo su control afecten los derechos de las personas dentro o fuera de su territorio. No obstante, la Corte también ha delimitado que el ejercicio de la jurisdicción de un Estado fuera de su territorio es una situación excepcional que debe analizarse en cada caso concreto y de manera restrictiva.<sup>34</sup>

Por lo anterior, los Estados deben adoptar medidas para regular, supervisar e investigar el comportamiento de las empresas domiciliadas en su jurisdicción que afecten el disfrute de los derechos humanos en terceros Estados, siempre y cuando no se afecte el principio de soberanía o el principio de igualdad de todos los Estados.<sup>35</sup> Para ello, los Estados deben diseñar instituciones y disposiciones jurídicas con efectos extraterritoriales que disminuyan los riesgos previsibles de abusos o violaciones de derechos humanos en terceros Estados, así como la creación o el fortalecimiento de recursos efectivos para que las víctimas en dichos Estados puedan acceder a la justicia y a una debida reparación de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>36</sup> Esto no implica una disminución de los Estados receptores donde tienen lugar los abusos de derechos humanos, sino más bien implica un deber de cooperar entre los Estados para no obstaculizar el disfrute de los derechos humanos en otros países y, sobre todo, para evitar situaciones de impunidad.

Finalmente, el cambio climático es uno de los mayores retos que enfrenta América Latina y el Caribe debido a la alta vulnerabilidad a sus efectos adversos, que tienen especial repercusión en el disfrute de diversos derechos humanos.<sup>37</sup> La relación entre empresas, derechos humanos y cambio climático es aún una cuestión poco explorada, pero que cada vez recibe más atención.<sup>38</sup>

33 Ibid., párr. 52.

34 CORTE IDH, *op. cit.*, nota 1, párr. 104.

35 CIDH, *op. cit.*, nota 9, párr. 153. En este sentido, el Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que “[l]as obligaciones extraterritoriales surgen cuando un Estado parte puede influir en situaciones que se producen fuera de su territorio, de conformidad con los límites impuestos por el derecho internacional, controlando las actividades de las empresas domiciliadas en su territorio y/o bajo su jurisdicción y, por lo tanto, contribuir al disfrute efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales fuera de su territorio nacional”. Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 24, UN Doc. E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017, párr. 28.

36 CIDH, *op. cit.*, nota 9, párr. 168.

37 CEPAL, *Cambio climático y derechos humanos: contribuciones desde y para América Latina y el Caribe*, CEPAL, Santiago de Chile, 2019.

38 IGLESIAS MÁRQUEZ, D., “Cambio climático y responsabilidad empresarial: análisis del papel de las empresas para alcanzar los objetivos del Acuerdo de París”, *Anna-*

En este sentido, el informe de la CIDH y su Relatoría DESCAs complementa las orientaciones y directrices de los Principios Rectores, que no abordan explícitamente el cambio climático. Esto lo realiza mediante una serie de estándares y recomendaciones que los Estados deben seguir para dar cumplimiento a sus obligaciones de respetar y garantizar, con el objetivo de asegurar que el comportamiento y relaciones comerciales de las empresas no empeoren el cambio climático.

En primer lugar, en cumplimiento de la obligación estatal de regular efectivamente a los actores privados, los Estados deben asegurar que toda política pública y marco normativo que se implemente en relación con la mitigación, adaptación y resiliencia al cambio climático debe realizarse con un enfoque de derechos e incluir los impactos y vulneraciones producidas por las empresas, incluyendo a los agentes de financiamiento e inversión.<sup>39</sup> En segundo lugar, los Estados tienen la obligación positiva de garantizar que las empresas públicas y privadas generadoras de emisiones de gases de efecto invernadero reduzcan tales emisiones y rindan cuentas por el perjuicio que puedan ocasionar. En tercer lugar, los Estados deben incrementar acciones hacia una política de transición a fuentes de energía renovable y limpia como a estrategias de desarrollo con bajas emisiones. En cuarto lugar, de conformidad con el artículo 26 de la Convención Americana y teniendo en cuenta la naturaleza transfronteriza del cambio climático, los Estados deben cooperar y coordinar esfuerzos para lograr el adecuado respeto y garantía a los derechos humanos y la protección de los ecosistemas que se puedan ver afectados por el cambio climático.<sup>40</sup> En quinto lugar, y en línea con la tendencia actual de la litigación climática en contra de las empresas, los Estados deben garantizar el acceso a la justicia y a la reparación del daño en materia climática.

## Conclusiones

La protección del medio ambiente se ha convertido gradualmente en una prioridad en las Américas. Sin embargo, la apropiación y explotación intensa y a gran escala de los recursos naturales por parte de las empresas han generado un sinnúmero de impactos negativos que afectan al disfrute del derecho a un medio ambiente sano y a otros derechos interdependientes, con consecuencias especialmente negativas para los grupos en situación de vulnerabilidad. En este contexto, los *órganos* del SIDH han profundizado y avanzado en el debate sobre empresas y derecho humanos para asegurar el respeto de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales, teniendo en cuenta las características particulares de la región. Sin bien en la región no se han adoptado instrumentos vinculantes en la materia, sí que se han dado los primeros pasos, que marcan una hoja de ruta para cambiar el pa-

---

*rio español de derecho internacional*, vol. 36, 2020, pp. 327-366.

39 CIDH, *op. cit.*, nota 15, párr. 246.

40 *Ibid.*, párrs. 244 y 250.

radigma del “*business as usual*” y promover una conducta empresarial responsable con los derechos humanos y el medio ambiente.

Los estándares interamericanos en materia de empresas y derechos humanos, identificados y desarrollados por la CIDH, sientan las bases para avanzar en un plan regional que incluya acciones vinculantes y no vinculantes para prevenir y reparar abusos corporativos a la luz de otros estándares interamericanos de derechos humanos. Asimismo, aunque no son vinculantes, orientan a los Estados en su actuar o en la construcción de su normativa y política pública interna, con el fin de asegurar el ejercicio pleno de los derechos humanos. Por ello, sirven para crear un contrapeso a las políticas extractivas de gran parte de los Estados de la región e, incluso, plantean que los gobiernos deberían reconsideren su modelo de desarrollo económico atendiendo a los límites planetarios. La intervención estratégica del Estado puede ser fundamental para consolidar un nuevo modelo económico y empresarial que prevenga y sea más resiliente a la crisis ambiental y a la climática, que es uno de los mayores retos a los que se expone América Latina y el Caribe debido a la alta vulnerabilidad frente sus efectos adversos.

Por otra parte, los estándares interamericanos en materia de empresas y derechos humanos contienen una dimensión ambiental importante que complementa las obligaciones que se han configurado en el SIDH para asegurar que los Estados respeten y garanticen el disfrute del derecho a un medio ambiente sano y de otros derechos interdependientes. En este sentido, algunas de las acciones que los Estados debe contemplar a efectos de implementar dichos estándares son: i) la adopción de medidas razonables y apropiadas, basadas en los principios generales del Derecho internacional del medio ambiente, para regular y controlar los impactos ambientales de las empresas dentro y fuera del territorio de un Estados; ii) exigir a las empresas la realización de un proceso de debida diligencia en materia ambiental para identificar, prevenir y mitigar los riesgos de daños significativos al medio ambiente y a los derechos humanos; iii) asegurar que la debida diligencia en materia ambiental sea un proceso transparente, informado y participativo para las posibles personas afectadas por los impactos ambientales; y, iv) garantizar mecanismos judiciales y extrajudiciales para hacer efectiva la responsabilidad ambiental de las empresas y reparar los daños sufridos por las víctimas. Estos estándares deben contemplar un carácter extraterritorial para prevenir y remediar impactos ambientales en terceros Estados, entre otros.

Asimismo, estos estándares contribuyen a una protección más integral del medio ambiente, ya que intentan reforzar la labor de las personas defensoras del medio ambiente y tienen en consideración el alcance extraterritorial de las actividades extractivas. Finalmente, generan mayores expectativas en el comportamiento de las empresas extractivas en la región, ya que sus actividades se someten a un mayor escrutinio por parte de los Estados según los estándares interamericanos y los internacionales en materia de empresas y derechos humanos.

## Referencias

- BACKER, L. C., “The Human Rights Obligations of State-Owned Enterprises (SOEs): Emerging Conceptual Structures and Principles in National and International Law and Policy”, **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, vol. 51, 2017, pp. 827-886.
- CANTÚ RIVERA, H., “Business and Human Rights in the Americas: Defining a Latin American Route to Corporate Responsibility”. En: CERNIC, J. L. y CARRILLO-SANTARELLI, N. (eds.), **The Future of Business and Human Rights. Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty**, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2018.
- CEPAL, **Cambio climático y derechos humanos: contribuciones desde y para América Latina y el Caribe**, CEPAL, Santiago de Chile, 2019.
- CIDH, **Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos**, CIDH, Washington D.C., 2019.
- CIDH, **Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo**, CIDH, Washington D.C., 2015.
- CIDH, **Universalización del sistema interamericano de derechos humanos**, CIDH, Washington D.C., 2015.
- CORTE IDH, **Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)**. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23. Sobre la Opinión Consultiva 23/17.
- DE CASAS, C. I., “¿Qué son los estándares de derechos humanos?” **Revista Internacional de Derechos Humanos**, vol. 9, n° 2, 2019.
- ESPINOSA GONZÁLEZ, A., “La Declaración de Bogotá y el Medio Ambiente”, **Revista Electrónica Iberoamericana**, n° 13, 2019, pp. 1-36.
- GLOBAL WITNESS, **Defender el mañana. Crisis climática y amenazas contra las personas defensoras de la tierra y del medio ambiente**, Global Witness, Londres, 2019.
- IGLESIAS MÁRQUEZ, D., “Cambio climático y responsabilidad empresarial: análisis del papel de las empresas para alcanzar los objetivos del Acuerdo de París”, **Anuario español de derecho internacional**, vol. 36, 2020, pp. 327-366.
- MOLINA VERGARA, M., “Estándares jurídicos internacionales: necesidad de un análisis conceptual”, **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte**, vol. 25, n° 1, 2018, pp. 233-256.
- UNCTAD, **World Investment Report 2020**, Nueva York, UNCTAD, 2020.

# “HIV JANE” AND “COVID GENI”: WHAT COVID19 MEANS FOR THE HUMAN RIGHTS OF THOSE WHO WORK IN THE SEX INDUSTRY IN 2020

**Antónia Maria Martin Barradas**

Universidade de Coimbra. Lawyer with Master's Degree in Human Rights and Democratization

## **Abstract:**

The sex industry is a business which generates immense profits around the world. Due to Covid19, it is time to bring it into the wider global conversation around business and human rights. Many people working in this industry are suffering an unprecedented social and economic crisis. Healthcare, social welfare and safety are now even more at stake. New challenges have emerged for States and Corporations, with a greater need for the protection and promotion of their human rights of those who provide sexual services. As the sex industry includes occupations associated with a high risk for infection not only with STD's, and also now with the new Corona Virus, it has become evident that many States have failed to recognize the structural roots of many so-called “high-risk behaviours”, mostly holding those providing sexual services responsible for the risk of infecting others, instead of making their clients accountable as well. The lack of State coordinated policies are being called into question by civil society, so there is a need to analyse this social trend and the sex industry, particularly from a gender perspective. Using a legal and sociological methodology, the technological revolution and prospects for decent work for sexual service providers will also be approached, as well as their chances to obtain effective remedies if their human rights are violated.

**Keywords:** Covid19; Sex Industry; Business; Human Rights; Gender.

New challenges have been emerging both for States and Corporations due to Covid19. There is a need for the protection of the human rights of those who provide these services from a Business and Human Rights perspective. There should therefore be an accordance with the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights in the context of the sex industry, with a particular focus on the gender and intersectional perspective of these kinds of activities.

Firstly, it is vital to acknowledge that the sex industry is a business which generates profits of billions of dollars around the world. With the Pandemic, it is time to bring the sex industry into the wider global conversation around business and human rights.

The General Recommendations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights on Covid-19 on the right to free and gainful employment can therefore be applied to the general impacts of pandemics to those providing these kinds of services.<sup>1</sup> They can be included in the concept of particularly disadvantaged or marginalized groups more severely affected by this crisis. Moreover, they have heightened risks of being infected by Covid-19 due to the intimate nature of their services.

Secondly, many of those working in the sex industry are suffering an unprecedented social and economic crisis. Beyond the precarious working conditions they already face, basic human rights such as healthcare, social welfare and safety are now at even greater risk. One must take into account, for example, their right to health of those providing these kinds of services, and how it is compromised, not only because they are more vulnerable to infection due to the intimate nature of sexual services. The communal living arrangements they often find themselves in, as well as the fact that many sexual service providers are itinerant also influence not only their welfare but also their hygiene and health conditions, due to inadequate access to hygiene facilities or protective equipment, for example.<sup>2</sup>

Furthermore, governments must provide answers to lack of housing.<sup>3</sup> Those living with other transmissible diseases such as HIV and other chronic illnesses are frequently excluded from healthcare and other housing support networks.<sup>4</sup> They also have the right to adequate food and to be able to provide economic support for their respective families.<sup>5</sup>

Thirdly, there are many new challenges for States and Corporations. The need for the protection and promotion of the human rights of those who provide sexual services becomes more and more obvious, as the access to effective remedies are reduced if their human rights are violated.

This pandemic has come to show us the importance of the indivisibility and interdependence of all human rights, namely, of Economic Social and Cultural Rights and Civil and Political Rights. Even though we are facing a global health threat, which has a more immediate effect on Economic, Social and Cultural Rights, it also has multiple implications on the enjoyment of civil and political rights.<sup>6</sup>

Measures by governments limit Economic, Social and Cultural rights should comply with Article 4 of the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights.<sup>7</sup> In other words, measures to fight this pandemic (as well as any other pandemic) must be necessary, reasonable and proportionate. Furthermore, any emergency measures should be lifted as soon as they are no longer necessary for protecting public health.<sup>8</sup>

Some of the more evident impacts on the enjoyment of Economic, So-

cial and Cultural rights are, for example, the impairment of the right to freely choose gainful employment. This is particularly true and severe when you apply it not only to the current effects of the Covid19 pandemic, but also to the longstanding effects of the HIV pandemic.<sup>9</sup>

Thus, States must act in a human rights framework and refrain from violating Economic Social and Cultural rights, particularly to not increase the marginalization of these already disadvantaged groups.<sup>10</sup> For example, more severe restrictions on freedom of movement means clients cannot reach sexual service providers, nor can they reach their clients.<sup>11</sup> Just like other workers domestic workers, sexual service providers face loss of income and social benefits, as many other precarious workers in the informal sector, they face profound economic insecurity.<sup>12</sup>

People providing sexual services often have access to inadequate social services and many live in situations of profound poverty and lack essential goods. They often have no private social healthcare or private pension funds due to the fact they work in the context of the informal economy.

Added to this, they are bearing disproportionate economic burdens because of international and national level quarantines and lockdowns,<sup>13</sup> and many cannot carry out their services at all, in any of their forms. This may also very well be applicable to the long-lasting circumstances around the HIV pandemic.<sup>14</sup> The informal legal nature of activities also leads those rendering these kinds of services not only to tend to fall through the protection safeguards of the law, but also to be excluded from labour rights and guarantees. Any extraordinary measures put in place by governments may also be out of reach.<sup>15</sup>

Fourthly, the sex industry includes occupations associated with a high risk for infection, such as STDs and now also the Corona Virus. On a global level, those involved in rendering more direct forms of sexual services are approximately eight times more likely to be infected with HIV than other adults. Furthermore, women rendering these services in so-called “developing countries” are 14 times more likely to be infected with HIV than women of reproductive age.<sup>16</sup> And we must also to consider that their respective clients also have sex with other partners, spouses, lovers and children. In their turn, those rendering these kinds of more direct sexual services also have partners, lovers, and spouses and children, who in they have sex with. Consequently, even with lockdowns, quarantines and restrictive travel and migration policies, just like Covid-19, HIV travels, so high rates of infection affect everyone.

Fifthly, States have failed to fully recognize the structural roots of many so-called “high-risk behaviours”, mostly tending to hold those providing sexual services responsible for the risk of infecting others instead, and not their clients. It is therefore essential to problematize, not only on a legal but also on a sociological level, the socio-legal perspectives which tend to make those who work in the sex industry exclusively responsible for the prevention of the transmission of diseases.<sup>17</sup> One must recognize how problematic it is to

make those involved in these activities socially responsible for the prevention of infectious diseases. Public health discourses usually foster a logic about individual risk and the responsibility for infection, but Covid19 as come to demonstrate in an abundantly obvious way it is a collective responsibility.

Disease control measures also frequently fail to recognise the socio-structural roots of the above mentioned “so-called” high-risk behaviours that are linked to the spread of infection, and hold the disease carrier responsible for managing his or her own risk of infection of others instead. These measures also heavily rely on constraining the carrier of the infection at stake, for example, by constraining movement, contact with others or occupation which, in the particular context of sexual services, is particularly burdensome on those rendering them in already precarious and vulnerable situations.

The concept of “responsibility” in these occupations, added to high infection risks has implicitly raised issues of “professional responsibility” over time, and now, with the pandemic, these issues have become painfully explicit. However, for the notion of “responsibility” to make any sense in this particular context of these kinds of services, infected people must be in a position which enables them to exercise responsibility, and for this they must have agency, which means they must have rights in order to have any kind of plausible negotiation power, even if only to a limited extent. Furthermore, in order for this to happen, their activities need to be brought in some way into the formal economy, where the protection mechanisms of the law can be actioned, in order to favour the more vulnerable.

As for the technological revolution and prospects for decent work for sexual service providers, many traditional sexual service providers do not have economic or physical access to computers, for example, in order to be able to work from home and with no physical contact with their clients, in safety from the Corona Virus.<sup>18</sup>

Moreover, unless they are already online sexual service providers, these types of more direct sexual service activities often do not allow those rendering them to work by using digital technology. Due to the COVID19 Pandemic, we can go on to imagine an actual glass barrier between a customer and a performer. This is not much different from a long-distance real-time video call. Nevertheless, Covid19 has also come to reiterate that this is not something of the future anymore.

On another note, the lack of State coordinated policies in these areas has also become abundantly obvious, with calls by civil society and interest groups on governments to integrate these issues in agendas. Particularly in the context of COVID-19, States not only have obligations at a national level but also extraterritorial obligations with regards to the global efforts involved in fighting this pandemic.

Just like other viruses which do not respect borders, COVID-19 has shown us that any pandemic is a crucial example of the need for a greater international cooperation on a scientific and humanitarian level in order to



avoid devastating consequences of local epidemics which can rapidly become pandemics. National solutions have revealed themselves insufficient, and preparedness on the part of States but also of the World Health Organization (WHO) in this field is fundamental.

For example, with early warning mechanisms and timely and transparent information provided by States it will be easier to tackle emerging epidemics. The WHO and other international organizations must therefore be supported in their fight to protect those who are particularly disadvantaged and marginalized in these contexts, in which sexual service providers are included.<sup>19</sup> Coordinated action is essential to reduce the economic and social impacts of the consequences of this crisis, particularly on the lives of those providing direct sexual services.

In the fight against this virus, international assistance and cooperation must therefore involve shared best practices, medical equipment and supplies, food and other essential goods, as well as research concerning more disadvantaged and marginalized groups such as people involved in sexual services.

These joint efforts should be made by all States in order to ensure an effective and equitable economic recovery of countries which are more deeply affected by the consequences of these situations, and this should obviously also be taken into account in the context of other pandemics.<sup>20</sup>

Moreover, in order to allow universal access to the benefits of scientific advances, not only in the field of COVID-19 research, but also in the case of HIV prophylaxis research, for example, diagnostics, medicines and vaccines should also be shared by States in a flexible manner in what concerns their respective intellectual property regimes. Thus, there is also an urgent need to investigate this social trend in the context of the implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights and the Sustainable Development Goals.

As for refugees, asylum seekers and undocumented migrants involved in so-called “survival sex”, it must be pointed out how incredibly vulnerable they are, particularly in the context of the pandemic. Many of them lack adequate access to water, soap or sanitizer, Covid19 testing facilities, health-care services or information. These groups also already frequently suffer higher rates of chronic illnesses and underlying health conditions than others, which also places them at greater risk of developing severe health complications from Covid19.<sup>21</sup> This may also be extendable to higher risks of contracting other sexually infectious diseases in the context of sexual services, such as HIV or other STD’s.

There is also the issue of vulnerability regarding the right to freely chosen and gainful employment, which also becomes particularly obvious for undocumented migrants involved in sexual service provision, due to their fear of being forced back to their countries of origin. So, added to the fact that these people are traditionally excluded from public and private healthcare networks, governments should specially guarantee that undocumented migrants

rendering sexual services have access to adequate testing, not only for COVID-19, but also to other diagnosis exams regarding other chronic illnesses to which they are particularly vulnerable due to the intimate nature of some of the sexual services which are provided.

Particularly in the context of this pandemic, whether it is survival sex from refugees and asylum seekers or the rendering of sexual services by undocumented migrants, in case they fall ill and can't render their services on a temporary or permanent basis, it is essential that governments protect them in what concerns their rights to welfare and healthcare.<sup>22</sup>

Finally, the main objective of this paper was to start analysing the tip of the iceberg around these issues in the sex industry, with the example of the particular context of Covid19, with a gender lense and from an intersectional perspective, within the context of business and human rights.

It is also important to suggest some of the urgent measures States should provide during the pandemic for the inherent dignity of all to be respected and protected. First and foremost, the minimum core obligations laid out in the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights should urgently be prioritized by States and be complied with.

Corporations should also join in solidarity with States in the fight against the pandemic and other more long-lasting inequalities. States must therefore use their maximum available resources to guarantee the full realization of all economic, social and cultural rights, particularly the right to health in this context. Targeted programmes to protect livelihoods are vital at this stage.

On the other hand, affordable and equitable access to Internet must be provided in order to enable online sexual service providers to carry out their activities from home, and this should also be considered in this context in order to ensure that the rights and obligations foreseen in the Covenant on Economic, Social and Cultural rights are protected and fulfilled during this particular social and economic crisis.<sup>23</sup>

Added to these general obligations, an extended moratorium on evictions or mortgage payments at locations where sexual service providers work from are also essential, whether they are working from their own home or from any other rented location. Furthermore, social relief and income-support programmes for food and income security to sexual service providers is definitely in need, so subsidizing the cost of essential foodstuffs and hygiene products in order to ensure they are affordable in this context is just one example of how to proceed under these circumstances.

As for jobs, immediate measures to protect employment, pensions and other social benefits are the order of the day for those rendering sexual services, as well as subsidizing wages, providing tax relief and establishing supplementary social security and income protection programmes.

In conclusion, one must not forget that all these measures should also apply outside the context of the current pandemic, as they are a part of State obligations regarding economic, social and cultural rights. Through CO-

VID-19, States gained greater conscience of the necessary mobilization of resources to address this and other pandemics.

Specifically in what concerns HIV and even more in the context of Covid19, those rendering sexual services are particularly vulnerable to their direct and indirect consequences, which particularly impairs their possibilities to enjoy their economic, social and cultural rights, and places them further away from enjoying “freedom from fear and from want”, as sated in the Universal Declaration of Human Rights.<sup>24</sup>

COVID-19 has urgently highlighted the critical role of adequate investments in public health systems, comprehensive social protection programmes, decent work, housing, food, water and sanitation systems, as well as for institutions to advance in research around healthcare and gender equality. Such investments are crucial in responding effectively to global health pandemics and in counteracting multiple, intersecting forms of inequality, including deep inequalities in income and wealth both within and among countries.<sup>25</sup>

## Bibliography

APDES, **Civil society Open letter to the Portuguese Government**. Available at: <https://apdes.pt/wp-content/uploads/2020/03/CARTA-ABERTA-MTSSS.pdf>, consulted 03-10-2020.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights, available at: <https://undocs.org/E/C.12/2020/1>

Euronews article. **Covid 19 atinge indústria do sexo**, available at: <https://pt.euronews.com/2020/03/18/covid-19-atinge-industria-do-sexo>

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, available at: <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr.pdf>

Jornal de Notícias newspaper article: **Sem clientes, sem dinheiro, sem teto: a prostituição também sofre com a Covid-19**” available at: <https://www.jn.pt/mundo/industria-do-sexo-tambem-sofre-com-a-covid-19-11990900.html>

Kit Yee Chan & Daniel D Reidpath. **“Typhoid Mary” and “HIV Jane”**: Responsibility, Agency and Disease Prevention, *Reproductive Health Matters*, 11:22, 40-50, DOI: 10.1016/S0968-8080(03)02291-2, available at: [https://doi.org/10.1016/S0968-8080\(03\)02291-2](https://doi.org/10.1016/S0968-8080(03)02291-2)

Open Society Foundations. **10 Reasons to Decriminalize Sex Work: A Reference Brief 6**. Available at <http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/decriminalize-sex-work-20120713.pdf>

Público newspaper article, in Portuguese: **Coronavírus**: Carta aberta ao Governo por apoios aos trabalhadores do sexo. Available at: <https://www.publico.pt/2020/03/26/sociedade/noticia/coronavirus-activistas-reclamam-medidas-extraordinarias-trabalhadores-sexo-1909574>

United Nations Development Programme, Global Commission on HIV and the Law, “Risks, Rights & Health, , 41, (2012), available at: <https://www.undp.org/>

content/undp/en/home/librarypage/hiv-aids/hiv-and-the-law--risks--rights---health.html

Universal Declaration of Human Rights, 1948, available at: [eng.pdf \(ohchr.org\)](http://eng.pdf(ohchr.org))

## Endnotes

- 1 Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights Statement by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, available at: <https://undocs.org/E/C.12/2020/1> (consulted 03.10.2020).
- 2 Ibid.
- 3 See, Euronews article, in Portuguese, entitled: “*Covid 19 atinge indústria do sexo*”, available at: <https://pt.euronews.com/2020/03/18/covid-19-atinge-industria-do-sexo> (consulted 18.03.2020).
- 4 Civil society Open letter to the Portuguese Government due to Coronavirus outbreak available at: <https://apdes.pt/wp-content/uploads/2020/03/CARTA-ABERTA-MTSSS.pdf>, consulted 03-10-2020.
- 5 Ibid.
- 6 Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights Statement by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, available at: <https://undocs.org/E/C.12/2020/1>, pg. 1 (consulted 03.10.2020).
- 7 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Article 4: “(...) *the State may subject such rights only to such limitations as are determined by law only in so far as this may be compatible with the nature of these rights and solely for the purpose of promoting the general welfare in a democratic society.*” [my highlight], available at: <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr.pdf> (consulted 04.10.2020).
- 8 Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, available at: <https://undocs.org/E/C.12/2020/1>, (consulted 03.10.2020).
- 9 See Público Newspaper article online, in Portuguese, entitled: “*Coronavírus: Carta aberta ao Governo por apoios aos trabalhadores do sexo*” available at: <https://www.publico.pt/2020/03/26/sociedade/noticia/coronavirus-activistas-reclamam-medidas-extraordinarias-trabalhadores-sexo-1909574>” (consulted 26.03.2020).
- 10 Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, available at: <https://undocs.org/E/C.12/2020/1>, (consulted 03.10.2020).
- 11 See Jornal de Notícias newspaper article, in Portuguese, entitled: “*Sem clientes, sem dinheiro, sem teto: a prostituição também sofre com a Covid-19*”: <https://www.jn.pt/mundo/industria-do-sexo-tambem-sofre-com-a>

covid-19-11990900.html.

- 12 Civil society Open letter to the Portuguese Government due to Coronavirus outbreak available at: <https://apdes.pt/wp-content/uploads/2020/03/CARTA-ABERTA-MTSSS.pdf>, (consulted 03-10-2020).
- 13 Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, available at: <https://undocs.org/E/C.12/2020/1> (consulted 03.10.2020).
- 14 Idem. See also: Civil society Open letter to the Portuguese Government due to Coronavirus outbreak available at: <https://apdes.pt/wp-content/uploads/2020/03/CARTA-ABERTA-MTSSS.pdf>, consulted 03-10-2020.
- 15 Civil society Open letter to the Portuguese Government due to Coronavirus outbreak available at: <https://apdes.pt/wp-content/uploads/2020/03/CARTA-ABERTA-MTSSS.pdf>, consulted 03-10-2020.
- 16 See UNDP Global Commission on HIV and the Law, “Risks, Rights & Health, 41, (2012), available at: <https://www.undp.org/content/undp/en/home/librarypage/hiv-aids/hiv-and-the-law--risks--rights--health.html> (accessed June 2018).
- 17 See Kit Yee Chan & Daniel D Reidpath (2003) “Typhoid Mary” and “HIV Jane”: Responsibility, Agency and Disease Prevention, *Reproductive Health Matters*, pg 1, 11:22, 40-50, DOI: 10.1016/S0968-8080(03)02291-2, available at: [https://doi.org/10.1016/S0968-8080\(03\)02291-2](https://doi.org/10.1016/S0968-8080(03)02291-2).
- 18 Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights Statement by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, available at: <https://undocs.org/E/C.12/2020/1>, (consulted 03.10.2020). See also: Civil society Open letter to the Portuguese Government due to Coronavirus outbreak available at: <https://apdes.pt/wp-content/uploads/2020/03/CARTA-ABERTA-MTSSS.pdf> (consulted 03-10-2020).
- 19 Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights Statement by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, available at: <https://undocs.org/E/C.12/2020/1>, (consulted 03.10.2020).
- 20 Idem.
- 21 Idem, *ibidem*.
- 22 Civil society Open letter to the Portuguese Government due to Coronavirus outbreak available at: <https://apdes.pt/wp-content/uploads/2020/03/CARTA-ABERTA-MTSSS.pdf> (consulted 03-10-2020).
- 23 Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights Statement by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, available at: <https://undocs.org/E/C.12/2020/1>, (consulted 03.10.2020). See also: Civil society Open letter to the Portuguese Government due to Coronavirus outbreak available at: <https://apdes.pt/wp-content/uploads/2020/03/CARTA-ABERTA-MTSSS.pdf>, consulted 03-10-2020.

- 24 Universal Declaration of Human Rights, available at: [eng.pdf \(ohchr.org\)](#); See also: Open Society Foundations, *10 Reasons to Decriminalize Sex Work: A Reference Brief 6*, available at <http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/decriminalize-sex-work-20120713.pdf>, pg 7-8 (accessed 25 May 2018).
- 25 Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights Statement by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, available at: <https://undocs.org/E/C.12/2020/1>, (consulted 03.10.2020).

# A MUTAÇÃO DA COVID-19 NAS EMPRESAS: A INTERVENÇÃO DO ESTADO NOS CONTRATOS PARTICULARES E OS DESAFIOS DO CAPITALISMO HUMANISTA

**Renato Maso Previde**

Doutor em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor titular da Universidade do Estado de Minas Gerais em Direito Empresarial e Tributário. Advogado

**Letícia Baquião Goularte**

Especializanda em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada

## **Resumo:**

O presente trabalho busca analisar a atuação do governo e do Estado brasileiro frente aos problemas e desafios trazidos pela pandemia de COVID-19 que chega ao país em um contexto de alterações legislativas e de crise econômica. Assim, será verificada a concatenação entre Justiça e Direito a partir dos discursos e legislações produzidos na conjuntura mencionada anteriormente. Ainda, este artigo analisa os princípios jurídicos relacionados aos contratos e às empresas e seu cumprimento em relação à sua aplicação prática nas legislações recentes que tratam sobre revisão e resolução contratual. A pesquisa será realizada com base, também, na obra de Robert Louis Stevenson, “O estranho caso do Dr. Jekyll e do Sr. Hyde”, visto a dicotomia que se impôs entre os discursos, que tentam trazer soluções para as empresas afetadas pela pandemia, e a prática governamental que, de fato, parece se distanciar dessas propostas.

**Palavras-chave:** Empresa; Direitos Humanos; Capitalismo; Pandemia.

## **Introdução**

O mundo já conta com 28.208.576 casos confirmados pelo vírus COVID-19, com 910.292 casos de óbitos mapeados pelo Johns Hopkins Univer-

sity & Medicine<sup>1</sup> e o Brasil se torna um dos focos mundiais pelo posicionamento negacionista quanto aos efeitos deste terrível vírus.

A empresa tem que ser repensada nesta grave crise, pois o prejuízo econômico resta como um segundo efeito do Coronavírus.

A tentativa do governo brasileiro em ajudar parece não transparecer os fins propostos seja por medidas pírias diante da crise seja ainda por um jogo de prometer e não entregar tais medidas, penalizando os cidadãos e agindo como um estereótipo do *Dr. Jekyll and Mr. Hyde*, asfixiando os Direitos Humanos.

O triste momento político e de saúde pública que se abate sobre o Brasil, importa no pensamento sobre o futuro da Empresa que vem sendo administrada nos moldes do Código Civil de 1916 e modernizá-la adiante do que o vigente Código Civil de 2002 se propôs.

Assim, o Projeto de Lei nº 1179/2020, que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (COVID-19), se mostra atentatório aos ditames constitucionais estabelecidos no artigo 170 da Constituição Federal, que versa sobre o Capitalismo Humanista e, consequentemente, sobre os Direitos Humanos.

Como hipóteses a serem trabalhadas com a finalidade de elucidar o tema da pesquisa, foram traçados os seguintes objetivos específicos:

- a) Há necessidade de uma ressignificação da empresa?;
- b) Há convergência entre o sistema econômico brasileiro adotado pelo artigo 170 da Constituição Federal de 1988 e o Projeto de Lei nº 1179/2020?;
- c) As medidas adotadas pelo governo brasileiro configuram um estranho caso de *Dr. Jekyll e Mr. Hyde*, com propostas que, na prática, desampararam empresas e pessoas?

Mas como prenúncio dos resultados da pesquisa, diante de notícias e da vivência na prática da docência e da advocacia, os autores já constatarem a ausência de inovações por parte das empresas para o enfrentamento deste momento, bem como o governo brasileiro oscila com uma retórica de oferta de instrumentos financeiros e jurídicos aptos à empresa se desenvolver neste período de crise, mas que demandarão uma segunda onda de crise, pois a reforma do Projeto de Lei 1179/2020, na verdade, retira direitos destas empresas para se contraporem contra as consequências da pandemia da COVID-19.

Afinal, o horizonte econômico do Brasil se encontra um tanto quanto nebuloso, pois há pouco se divulga a emissão do papel moeda no valor de duzentos reais, os preços ao consumidor se elevam à casa dos dois dígitos, principalmente nos itens mais sensíveis ao brasileiro: a alimentação, subindo em 19,25% para o arroz, 28,92% para o feijão<sup>2</sup>, sem contar outros itens de

1 Disponível em <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Acessado em 11/09/2020 às 11:24hs. do fuso horário de Brasília/DF.

2 TRISOTTO, Fernanda. **Por que os preços dos alimentos subiram tanto? E quando eles devem cair.** Gazeta do Povo. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br>.



consumo, que chegam a registrar aumento em uma média de 20%.

Entretanto, a economia se encontra em recessão, ou seja, são notícias que não se encontram com a informação governamental de uma inflação na faixa de um dígito, isto é, em torno de 2,6% em 2020, tendo em vista a alta no registro de preços de grande parte dos produtos vendidos à população, apesar da recessão auferida com a Pandemia, mas já traçada no início do ano com o fraco desempenho da economia.<sup>3</sup>

## A Disputa de Poder nos Negócios Contratuais

### O Discurso de Poder

As relações humanas são tendentes à geração de força, que pode convergir aos interesses de alguns ou de um líder apenas ou, ainda, atritar com interesses de outro indivíduo expoente neste grupo.

Esses interesses apenas serão baseados naqueles de seu titular. Se essa força romper a barreira existente por meio da aceitação de seus ideais ou irromper a força contrária dos interesses de seu adverso, ocasionará o uso do poder neste jogo a ser vencido por uma das partes, tendo em vista que o entendimento plural ainda é de difícil aceitação na sociedade civilizada e pode-se dizer ainda menos suscetível de assentimento nos povos primitivos.

Guerra Filho (GUERRA FILHO E CARNIO, 2013, p. 59) transporta para os nossos dias os ensinamentos da mitologia grega<sup>4</sup> e, portanto, apresenta o arcabouço de entendimento, por intermédio de Hesíodo, datado entre 750 e 650 a.C., de um norte sobre o Direito, a Justiça e as relações de força e poder entre esses dois.

*Diké*, filha de Zeus com Têmis é o símbolo do encontro entre direito, justiça e força, pois com a mão direita sustentava uma espada, simbolizando a força, e na mão esquerda, sustentava uma balança, representando a igualdade buscada pelo direito e, em contraposição à Deusa Romana (*Iustitia*), mantinha seus olhos bem abertos o que sinaliza a busca pela verdade.

Não é de outra forma, que Jhering (*apud* GUERRA FILHO e CARNIO 2013, p. 86) pontua que “a força material, poder, é, pois, a origem do direito”.

---

com.br/economia/alimentos-preco-aumento-razoas-arroz/. Acessada em 11/09/2020.

3 OLIVEIRA, Kelly. **Inflação pode ficar em 2,6% este ano, diz Banco Central**. Agência Brasil. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-03/inflacao-pode-ficar-em-26-este-ano-diz-banco-central#:~:text=Se%20for%20considerada%20a%20Selic,%2C5%25%2C%20em%202022>. Acessado em 11/09/2020.

4 “[...] que Hesíodo tão bem soube coligir e sistematizar, Zeus desposa a titânica Têmis, gerando as três horas, chamadas Eirene (paz), Eunomia (disciplina) e Diké (justiça); bem como as três moiras, que tecem o destino do tártaro. No poema hesiódico, é Diké a portadora do Direito, quem o transmite do Olimpo para a terra, assumindo a responsabilidade de mantê-lo entre os homens, para o que tem que enfrentar três forças antagônicas, Gris (a discórdia, mãe das dores, esquecimento e fome), Bia (a tirania, personificação da violência do poder reinante) e, principalmente, Hybris (Úbris, a imoderação, a carência do senso de medida, que transforma o Direito em injusto)”

As discussões não se extinguirão, pois a força movida pelo poder sempre redundará no fundamento do que é direito e seu sentido de justiça, conforme Kelsen (1998, p. 35) explica ao dialogar com Agostinho<sup>5</sup>

Assim, até que ponto considera-se o termo Justiça como participativa da existência e validade do Direito? Ao dialogarmos com o direito estrangeiro nas mesmas bases estruturais de sua formatação (princípios, regras e ordenamento) se verificará a correspondência com o senso de Justiça estrangeiro, mesmo que antagônico ao outro, oriundo de outras crenças, princípios e ordenamentos.

Coadunar o senso de justiça e direito dentro de um mesmo ordenamento jurídico já não é tarefa das mais singelas, agora principiar que esses termos sejam convergentes em ordenamentos jurídicos distintos parece não salutar, tendo em vista que Kelsen (1998, p. 35) aponta que o “conteúdo de uma ordem coercitiva eficaz poder ser julgado como injusto, não constitui de qualquer forma um fundamento para não considerar como válida essa ordem coercitiva”.

## **Uma perigosa ressignificação da disputa pelo poder: o estado como detentor desta disputa e a demonstração de sua dualidade (Dr. Jekyll e Mr. Hyde)**

Hodiernamente, os discursos oficiais são de que há o império do Estado Democrático de Direito sobre a vida do cidadão e regulador das instituições e do próprio Estado.

Todavia, mais vivemos sobre um império do que sobre uma vigorosa democracia participativa, uma vez que os instrumentos do direito colocados à disposição vêm sendo utilizados para ostentar e manter o Estado de Exceção (*institium*), objetivando a consagração de novos privilégios ou ainda para alçar a grandes conquistas intelectuais, teses que mais parecem devaneios amparados na necessidade de poder, que marcam o homem desde o início dos tempos, nas sociedades mais primitivas, conforme exposto no item anterior.

Agamben (2003, p. 68) aponta o termo *institium* para representar o Estado de Exceção por relação com o evento da natureza designado de *solstitium* (solstício), que marca a época do ano em que o Sol está mais distante da Terra, importando na analogia das noites mais longas e frias com o momento de vazio jurídico, de “suspensão não simplesmente da administração da justiça,

5 Que a Justiça não pode ser uma característica que distinga o Direito de outras ordens coercitivas, resulta do caráter relativo do juízo de valor segundo o qual uma ordem social é justa. Visto Agostinho somente querer considerar como justa uma ordem que atribua a cada um o que é seu e empregar esta fórmula destituída de conteúdo por maneira a fazer valer como justa aquela ordem que reserva ao verdadeiro Deus - que é para ele o Deus judaico-cristão, e não os deuses dos romanos - o que a ele e só a ele pertence, a saber, a correspondente adoração, que adquire a sua expressão no culto, uma ordem que não corresponda a esta exigência não pode ser Direito e a comunidade por ela constituída não pode formar um Estado mas apenas um bando de salteadores. Com isso recusa-se ao Direito romano o caráter jurídico.

mas do direito como tal”. Esta analogia se enquadra com perfeição ao verificar que a justiça vem sendo utilizada como algo a galgar o descumprimento de preceitos constitucionais, notadamente de processo legislativo.

A degradação instaurada da Constituição Federal ou ainda sua (in)aplicabilidade, segundo interesses que se declaram mais urgentes do que o cumprimento da própria Constituição corrobora as argumentações realizadas de que o homem é ávido pelo poder e modifica a interpretação sobre os mais diversos elementos para se suplantar aos demais indivíduos, em nítida característica de povos primitivos que oprimem os direitos até então existentes ou os suspendem, como no caso específico, gerando a exceção.

Portanto, a utilização desses estratégias de imposição sobre os mais fracos, sobre a massa, lembra em muito os ensinamentos de Lévi-Strauss (2005, p. 209) que ao propagar a necessidade de uma “coalizão” de culturas expõe que

[...] em certas épocas e em certos lugares, algumas culturas ‘se movem’, enquanto outras ‘não se movem’, não é, dizia, devido a uma superioridade das primeiras, mas porque circunstâncias históricas ou geográficas induziram a uma colaboração entre culturas, não desiguais (nada autoriza a declará-las como tais), mas diferentes. Elas se põem em movimento, fazendo-se empréstimos ou procurando opor-se uma às outras. Elas se fecundam ou se estimulam mutuamente. Enquanto em outros períodos e outros lugares, culturas que permanecem isoladas, em mundos fechados, ficam numa vida estacionária (LÉVI-STRAUSS; ERIBON, 2005, p. 209).

O sentimento que resta é de que padecemos de uma cultura fechada, em que ainda não houve o aprendizado de que se necessita desgarrar das amarras de um passado tormentoso, de exceção, pois o Estado, instituições e particulares demandam a utilização desses instrumentos de repressão sob a égide de uma Constituição Federal e tal qual nos Estados de Exceção, a Constituição é utilizada para fundamentar a tese de urgência em se decidir em afronta ao posto em lei.

A situação moderna, muito posterior à uma sociedade que poderia ser classificada quanto à sua mobilidade e seu aprendizado com outras culturas, é que por mais mobilidade que a sociedade moderna possa ter, e nunca foi tão fácil ter acesso a outras culturas, o fato é que esta absorção de novas culturas está estancada em razão de que a mobilidade não se traduz mais a estes tipos de acessos, pois o poder inerente ao indivíduo cessa esta possibilidade para tornar sua retórica a preeminente sobre qualquer outra cultura que mostre suas situações, pensamentos ou diretrizes diferentes das suas.

O pensamento de um indivíduo moderno isolado em sua mobilidade retoma a perspectiva pela busca do poder em que surgem retóricas distintas para agradar parcelas da sociedade, mas não na dialética de um embate de princípios. A dialética seria íntima ou presente do próprio discurso, gerando

dois sentidos que serão entendidos por seus ouvintes de formas diferentes, dependendo de suas experiências vividas, expondo o interlocutor, como detentor desta disputa, a demonstração de sua dualidade (Dr. Jekyll e Mr. Hyde).

Em maio de 2020, o Presidente da República, Jair Bolsonaro, sancionou a Lei nº 13.999/2020, com a concessão de uma linha de crédito às micro e pequenas empresas para ampará-las ante a queda em suas movimentações financeiras em razão da pandemia COVID-19.<sup>6</sup>

Entretanto, apenas 18% (dezoito pontos percentuais) das empresas enquadradas como micro e pequenas empresas conseguiram crédito na pandemia, tendo como principais obstáculos a negatização dos CPFs (Cadastros de Pessoas Físicas) e CNPJs<sup>7</sup> (Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas), como também a exigência das garantias costumeiras das instituições bancárias.

Mesmo que o programa seja concedido, por intermédio do PRONAM-PE (Programa Nacional de Apoio às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte), através de aporte financeiro do governo, as barreiras são constatadas pelo engessamento das regras próprias do setor bancário, como também pela exigência de que as empresas estejam com seus nomes sem quaisquer restrições, o que, em uma época de restrições tão severas, se figura uma prática das mais tormentosas.

De outro lado, o Projeto de Lei nº 1179/2020, que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado (RJET), convertido na Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020, dispõem em seus artigos 6º e 7º sobre a rescisão, resolução e revisão dos contratos empresariais de forma a limitar as possibilidades de questionamentos por parte das empresas, em contradição à retórica liberalista do governo e da própria Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, instituída pela Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019, que derivou na lei dita “Da Liberdade Econômica”, como será melhor analisada nos capítulos seguintes.

Assim, a dualidade do governo, representada pela analogia com o clássico literário Dr. Jekyll e Mr. Hyde se apresenta ao acenar à sua base eleitoral a criação de incentivos, diretrizes e regramentos aptos ao enfrentamento da COVID-19, mas que, na prática, as situações comprovam uma realidade distinta aos destinatários destes benefícios, em razão da grande dificuldade de acesso às benesses governamentais.

---

6 BARBOSA, Marina. Bolsonaro sanciona linha de crédito para micro e pequenas empresas. Disponível em: [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2020/05/19/internas\\_economia,856328/bolsonaro-sanciona-linha-de-credito-para-micro-e-pequenas-empresas.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2020/05/19/internas_economia,856328/bolsonaro-sanciona-linha-de-credito-para-micro-e-pequenas-empresas.shtml). Acesso em 25/09/2020.

7 BARBOSA, Marina. Só 18% das micro e pequenas empresas conseguiram crédito na pandemia. Disponível em: [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2020/07/14/internas\\_economia,872016/so-18-das-micro-e-pequenas-em-presas-conseguiram-credito-na-pandemia.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2020/07/14/internas_economia,872016/so-18-das-micro-e-pequenas-em-presas-conseguiram-credito-na-pandemia.shtml). Acesso em 25/09/2020. Tais cadastros objetivam identificar pessoas físicas e jurídicas no Brasil e o acesso a Direitos e a assunção de Obrigações, normalmente, está condicionado à existência deste cadastro.

## **Princípios**

### **Da Dignidade da Pessoa Humana**

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 127), a dignidade da pessoa humana pode ser entendida como a qualidade reconhecida a cada ser humano, o tornando

merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Tendo sido esse princípio adotado como fundamentador do Estado Democrático de Direito brasileiro, nos termos do art. 1º, III, da Constituição Federal, e, ainda, levando-se em consideração a constitucionalização do Direito Civil, que prevê a submissão dos diplomas de Direito Privados aos princípios constitucionais, a dignidade da pessoa humana se torna um regulador das relações jurídicas, devendo ser aplicada nos contratos realizados por particulares, visto que através destes também pode ser configurada uma lesão à garantias fundamentais. Assim, o contrato deixa de focar apenas em aspectos materiais, passando a observar a condição humana das partes.

### **Da Função Social**

#### **Da Função Social da Empresa**

A empresa cumpre uma função dentro da sociedade, buscando o bem-estar coletivo. Essa funcionalização se expressa não somente na constituição da empresa, mas também nas relações que estabelecerá (CATEB; OLIVEIRA, 2007, p. 3-4). Essa funcionalização vai ao encontro da dignidade da pessoa humana, sendo que a empresa, devendo buscar sempre a melhor condição de relação entre seus colaboradores, tem como objetivo a preservação da dignidade humana e equilíbrio dessas relações, não mais exclusivamente o lucro.

#### **Da Função Social do Contrato**

O art. 421, do Código Civil brasileiro, determina que os contratos serão limitados por sua função social. Dessa forma, além de observar seus interesses individuais, os contratantes deverão, acatando a constitucionalização do direito privado derivada da unidade do ordenamento jurídico, respeitar o interesse coletivo visando o bem comum.

Os interesses privados e coletivos não se configuram, entretanto, como

dicotômicos, afinal, não são conceitos hierarquizados no entendimento jurídico brasileiro. Afinal, tutelar a intenção das partes para a formação do contrato é uma das formas de tutela do bem comum (POLI; HAZAN, 2013, p. 53), portanto, a preocupação com o interesse coletivo leva em consideração a face econômica dos contratos objetivada pelas partes e, ainda, a prevalência da dignidade da pessoa humana, que permeia ambas as faces (coletiva e privada).

## **Da Autonomia de Vontades**

A autonomia de vontade é a capacidade ou liberdade dos indivíduos de estabelecerem com seus pares uma relação contratual que seja benéfica para ambos. Ela preceitua uma igualdade entre as partes que, contudo, pode não se materializar num contexto fático.

Portanto, visando o bem comum a interferência do Estado se faz necessária ainda que de forma excepcional, para gerir as relações interpessoais a fim de garantir a isonomia e observar o cumprimento da função social. A autonomia das vontades perde, então, seu caráter absoluto, mas sem deixar de ser fundamental para os contratos, afinal, ela garante a liberdade de contratar e de determinar o contrato e seu conteúdo.

Dessa forma, é possível o entendimento de que as partes se vinculam e se mantêm vinculadas ao contrato por interesse próprio, mas também, social. Isto significa que, num evento imprevisível que cause o desequilíbrio contratual, priorizar, na legislação, a resolução do contrato é desconsiderar a autonomia de vontade das partes e sua intrínseca relação com o bem comum.

### **Da Mínima Intervenção do Público na Esfera do Privado**

De acordo com o parágrafo único do art. 421, do Código Civil, “nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”. Isso se dá pela necessidade de uma autorização para revisão dos contratos quando da alteração das condições de sua execução não fossem mais compatíveis com as de sua criação.

Contudo, o contrato não deixa de ser, por conta dessa previsão, uma expressão da autonomia privada. Portanto, o que o parágrafo único do art. 421, do Código Civil, busca é a interferência estatal somente quando de extrema necessidade em casos que possa ocorrer a violação da dignidade da pessoa humana por conta de evento imprevisível que onerou excessivamente as condições de cumprimento do contrato.

## **Da Cláusula Hardship Empresarial**

### **Evolução legislativa - O Código Civil de 2002**

O Código Civil brasileiro traz, em seu texto, artigos relacionados à resolução e revisão contratual em caso de se impor sobre o contrato situações de excepcionalidade que impeçam a sua continuação da forma que originalmente

foi tratado. Esse rol de artigos, contudo, foi alterado pela Lei da Liberdade Econômica e pelo Regime Jurídico Emergencial e Transitório.

Inicialmente, o art. 317, CC/02, prevê que se a desproporção do contrato ocorrer por motivo imprevisível, a parte pode requerer judicialmente a revisão com o intuito de manter, sempre que possível, o valor real da prestação.

Esse artigo se relaciona diretamente aos artigos 478 a 480 do mesmo Código, visto que esses últimos trazem mais requisitos acerca da revisão contratual. Nesses termos, o art. 478, CC/02, adiciona a necessidade de que essa alteração cause à uma das partes uma onerosidade excessiva que resulte em extrema vantagem para a outra e que o evento seja extraordinário.

Nos casos em que isso acontecer, o art. 479, do Código Civil, garante o direito de resolução do contrato, exceto se o réu oferecer a reforma equitativa do contrato. Por outro lado, nos termos do art. 480, no caso de as obrigações caberem apenas à uma das partes, é possível que se solicite sua redução, visando o reequilíbrio.

Além desses artigos que tratam diretamente da resolução ou revisão contratual, o art. 421 também figurava no rol de relevância para a manutenção dos contratos visto que, em sua redação originária previa que a liberdade de contratar seria regulamentada com base na função social do contrato e que, de acordo com seu parágrafo único, seria mínima a intervenção estatal nos contratos, sendo que a revisão contratual determinada extrinsecamente à vontade das partes somente ocorreria de maneira excepcional.

Assim, o Código Civil brasileiro trazia uma preocupação pela autonomia de vontade das partes, mas sem se distanciar da prevalência da dignidade humana, dispensando a atenção necessária para proteger o equilíbrio econômico das partes, mas também sua possibilidade de autodeterminação no âmbito contratual, sendo excepcional qualquer influência externa, desde que cumprida a função social do contrato estabelecido pelas partes. Portanto, cabe, agora, a análise de como foi alterada a visão do Código Civil sobre os contratos.

## **As Alterações a Partir da Lei da Liberdade Econômica**

A Lei nº 13.874/2019, ou Lei da Liberdade Econômica, foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro através da conversão da Medida Provisória nº 881/2019 e trouxe alterações para o Código Civil, seja inserindo novos artigos seja alterando os já existentes na busca por maior liberdade nas relações comerciais ou empresariais, conforme a agenda liberal do governo atual.

Entretanto, esse maior desprendimento da interferência do Estado não foi o que efetivamente ocorreu, conforme praxe da conduta Dr. Jekyll e Mr Hyde que, recentemente, tem sido presenciada no Brasil.

Nesse sentido, a presente análise pode se iniciar pela alteração do texto do art. 421, visto que ainda mantém a necessidade da mínima intervenção estatal nos contratos, entretanto, alterou a revisão contratual prevendo que ela será excepcional, ou seja, retirou do texto legislativo a excepcionalidade

da revisão imposta, passando a dizer que qualquer revisão será de forma excepcional, criando, portanto, a tendência, e até a mesmo a obrigatoriedade, da resolução do contrato quando este se tornar sobremaneira desequilibrado. Ainda, a possibilidade de revisão, quando sobrevém a excepcionalidade que a autoriza, adquire a característica de “limitada” pela leitura do inciso III do art. 421-A, artigo que inexistia antes da Lei da Liberdade Econômica.

Dessa forma, essa Lei acaba por limitar a atuação das empresas frente a desafios contratuais, afinal, longe de garantir maior liberdade de atuação acaba por diminuir o espaço que essas empresas têm para atuarem de forma extrajudicial e consensualmente livre entre as partes.

Isso, inclusive, se agrava ao se conjugar esses artigos com os arts. 478 a 480, do CC/02, que, apesar de não terem sofrido alterações pela Lei nº 13.874/2019, ao serem comparados com esse enrijecimento da possibilidade de contratar, perdem a relevância visto que passam a ser considerados em caráter de excepcionalidade e com requisitos que acabam por se tornarem inaccessíveis para as partes do contrato.

Assim, para o ordenamento jurídico brasileiro, contrariando a função social do contrato, a dignidade da pessoa humana e, ainda, a autonomia privada das vontades, a prioridade é a resolução do contrato e não sua revisão para que se objetive sua manutenção e, conseqüentemente, sua melhor adequação às vontades das partes visto que estão lidando com um desequilíbrio externo e imposto ao contrato e não com seus próprios desejos de alteração.

## **Do Projeto de Lei 1179/2020 à Lei 14.010/2020**

Portanto, desde 2019, houve o recrudescimento legislativo sobre a possibilidade de manutenção dos contratos a partir de uma renegociação pelas partes. Essa situação, entretanto, somente piorou com a chegada da pandemia da COVID-19, pois, com uma alteração no ritmo de vida do brasileiro e com a desaceleração da economia que já não estava boa, medidas legislativas de proteção contratual e econômicas precisaram ser tomadas. Ocorre que, mais uma vez, o governo brasileiro, sem precisar de poções para se alterar para Mr. Hyde, da mesma forma que ocorre com o personagem Henry Jekyll ao final da obra, criou ainda mais empecilhos para a recuperação econômica.

Nesse sentido, o art. 7º, do Projeto de Lei 1179/2020, que manteve sua redação quando da sua conversão para a Lei nº 14.010/2020, prevê que “não se consideram fatos imprevisíveis, para os fins exclusivos dos arts. 317, 478, 479 e 480 do Código Civil, o aumento da inflação, a variação cambial, a desvalorização ou a substituição do padrão monetário”.

Com esse entendimento, o art. 7º retira das possíveis conseqüências econômicas da pandemia seu caráter de imprevisibilidade e excepcionalidade, ou seja, passa a tratá-las como situações que as partes do contrato já poderiam ou deveriam ter conhecimento na época da elaboração, entretanto, não há como esse entendimento efetivamente vigorar numa realidade prática, visto que a



própria pandemia é algo imprevisível e extraordinário.

Ainda, se considerarmos a ausência de data limite para a incidência do art. 7º, diferentemente do que ocorre com todos os outros assuntos tratados pelo RJET, pode ser compreendida a falta de intencionalidade de realmente ter como resolvidos os problemas econômicos causados pela pandemia e o impedimento de qualquer iniciativa por parte das empresas para a manutenção dos contratos que já tinham estabelecidos antes da COVID-19. Ainda, a falta de prazo que o RJET será aplicado nas relações contratuais possivelmente indica uma contradição entre seus efeitos e seu título, que busca ser, de fato, transitório.

Portanto, com a previsão do art. 7º, do RJET, o art. 317, do Código Civil, torna-se letra morta em épocas de pandemia e, através dessa atuação do Estado brasileiro, que se diz liberal, é exercida uma intervenção estatal evidentemente maior e mais prejudicial do que ocorria antes das alterações trazidas desde a Lei da Liberdade Econômica, restando às partes contratantes lidarem com a face de Mr. Hyde, sendo abandonadas a partir da intervenção do Estado.

## Efeitos Sobre as Relações Intercivis e Interempresariais

O que não deixa de existir nas hipóteses de aplicação citadas neste título é a preocupação do legislador em prever nestes tipos contratuais as possibilidades de alteração e de resolução (regra geral) das cláusulas contratuais.

Nos dizeres de Martins-Costa a cláusula de *hardship* pode ser definida como a que permite às partes postular uma “nova arrumação” do contrato que as vincula se e quando uma mudança incidente sobre os dados iniciais da contratação vier a modificar o equilíbrio do contrato, a ponto de fazer sofrer, a uma delas, um rigor (*hardship*) injusto (MARTINS-COSTA, 2003, p. 217).

Assim, entendemos que a intenção do legislador foi a de prever mecanismos que justificassem as cláusulas contratadas em momentos de grandes incertezas que norteiam de tempos em tempos a economia mundial, tal qual enfrentamos nos dias atuais, na representação da falta de lastro das economias mundiais, acostumadas a épocas áureas em que podiam desempenhar e usufruir do *Welfare State* em sua plenitude, situação extremamente agravada com a Pandemia COVID-19.

Com a existência desta configuração de dificuldades no ano de 2020, a legislação brasileira alterou artigos fundamentais para as revisões contratuais que mais engessaram os contratantes do que a proposta do inicial do governo em se criar um ambiente contratual livre do impacto de externalidades, isto é, ao contrário de um livre mercado, as alterações impuseram verdadeira intervenção do Estado sobre a possibilidade de revisão contratual, limitando-a de forma a sufocar o contratante em prejuízo.

A redação originária do artigo 421 do CC/02 dispunha sobre a observância do princípio da função social do contrato. A reforma da Lei da Li-

berdade Econômica restringiu o princípio “nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”<sup>8</sup>.

Como se já antecipasse o que estaria por vir, também houve, pela mesma lei, a inclusão do artigo 421-A no Código Civil, em que se estabelece as regras para a revisão do contrato em se provando a característica não paritária do contrato, “[...] ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais”<sup>9</sup>.

Por sua vez, eis que surge o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET), estabeleceu em seu artigo 7º, nova limitação ao artigo 421, por intermédio de interferência direta nos artigos correspondentes à fundamentação da *Hardship*, quando limitou a utilização deste instituto em casos de aumento da inflação, variação cambial e desvalorização ou substituição do padrão monetário, casos estes, que são de função originária para a utilização da *Hardship*, como já ocorreu quando da maxidesvalorização da moeda brasileira (Real) frente ao dólar, em 1999, o que tais alterações praticamente inutilizam a previsão da *Hardship*.

## Conclusão

Apesar da apertada síntese, o que impede trazer outras considerações, o fato é que as empresas se veem diante de um dilema com as reformas realizadas na legislação civil do País: em um momento fortuito provocado pela Pandemia, em que a legislação pretérita, anterior à reforma realizada pela Lei da Liberdade Econômica poderia trazer alento às empresas com a repactuação de contratos que se tornaram excessivamente onerosos, impõe-se a estas o engessamento dos contratos em nome de uma intervenção mínima.

A analogia com a obra clássica “O estranho caso do Dr. Jekyll e do Sr. Hyde”, de Robert Louis Stevenson, se torna clara quando o Estado Brasileiro altera uma série de normas civis em nome de um Liberalismo arcaico, que sequer é utilizado no País de sua origem e acaba por restringir os próprios atos das partes contratantes na necessidade de revisão contratual em períodos de grande fortuito.

O objetivo da intervenção mínima do Estado em prol do pactuado entre os atores privados deveria ser a entrega de elementos que viabilizem novas proposituras contratuais e não as restringir como o verificado com estas sucessivas alterações.

O mote do Estado Liberal é a não regulação, enquanto o que aconteceu foi justamente, um excesso de regulação representado pelas reformas realizadas que diminuíram o espaço de discussão e alteração das cláusulas contratuais, tornando o sistema contratual rígido, inviabilizando a instrumentalização de possíveis discussões por intermédio do instituto da *Hardship*.

8 Art. 421, *caput*. Código Civil de 2002.

9 Art. 421-A, *caput*, parte final. Código Civil de 2002.

Concluindo, esta nova rigidez contratual pesa contra as empresas que passam por um ponto de inflexão decorrente da Pandemia e que devem recorrer a novas formas de empreender, gerando prejuízo a estas pela impossibilidade de revisão de seus contratos, o que afronta a própria ordem econômica contida na Constituição Federal, em seu artigo 170, *caput*, em que a economia deve primar pela valorização do trabalho, livre iniciativa, justiça social e existência digna, tendo em vista a impossibilidade de se alcançar estes dois últimos núcleos da norma constitucional.

## Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Lisboa: Edições 70, 2003.

CATEB, Alexandre Bueno; OLIVEIRA, Fabrício de Souza. **Breves anotações sobre a função social da empresa**. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, [s.l.], 29 maio 2007. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/7cv0612m#author>. Acesso em: 13 abr. 2020.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria política do direito**: a expansão política do direito. Ed. 02. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

HAZAN, Bruno Ferraz; POLI, Luciana Costa. A função social dos contratos como instrumento para o desenvolvimento econômico sustentável. **Argumentum**, Marília, v. 14, p. 43-60, 2013. Disponível em: <http://201.62.80.75/index.php/revistaargumentum/article/view/976/596>. Acesso em: 08 abr. 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LÉVI-STRAUSS; ERIBON, Didier. **De perto e de longe**. São Paulo: Cosac Naify, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**. Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações. Vol. V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003

SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 1º, III: a dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 123-129.

STEVENSON, Robert Louis. **O estranho caso do Dr. Jekyll e do Sr. Hyde**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1971.

# O DIREITO DO TRABALHO E A EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA: A AQUISIÇÃO DE NOVAS COMPETÊNCIAS E O PAPEL DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

**Régis Antônio Bersanin Nieddu**

Juiz do Trabalho Substituto no Brasil. Mestrando em Ciências Jurídico-Empresariais pela Universidade Lusíada de Lisboa

## **Resumo:**

Não se questiona a importância da evolução tecnológica em nossas vidas, sendo inegáveis os benefícios à sociedade, em geral, e ao segmento laboral, em particular. Contudo, o desenvolvimento acelerado de novas tecnologias sem atenção às suas consequências pode acarretar sérios prejuízos. O momento é de reforço do papel proativo dos Estados, dos empregadores, dos trabalhadores, e das respectivas entidades representativas frente a esta constante mutação, a fim de que se alcance a harmonia entre tecnologia e direito ao trabalho. Um dos caminhos para este equilíbrio é o da formação profissional contínua. O objetivo deste estudo é refletir sobre a influência da evolução tecnológica nas relações laborais, sobre a importância da formação profissional contínua, sobre o papel da legislação e dos atores juslaborais no mundo contemporâneo, e sobre a aplicação da negociação coletiva, um poderoso instrumento, hábil a possibilitar a aquisição de novas competências e a garantir o direito ao trabalho.

**Palavras-chave:** Evolução tecnológica; Direito ao trabalho; Formação profissional contínua; Negociação coletiva.

## **A evolução tecnológica e o impacto nas relações do trabalho**

A problemática envolvendo homens e máquinas não é, propriamente, uma novidade dos tempos atuais. Já na 1ª revolução industrial a utilização das máquinas a vapor trouxe significativas consequências decorrentes da substituição de atividades, antes exercidas pelo homem, que passaram a ser realizadas de forma mecanizada, o que contribuiu para a eclosão de uma série de conflitos nas fábricas<sup>1</sup>. O passar do tempo tornou mais complexas e velozes

---

1 Dentre os movimentos mais marcantes no início do século XIX destaca-se o ludismo, que consistiu na manifestação de trabalhadores contrários às condições laborais

as inovações, conforme sublinhou SHWAB, ao explicar que o “*tear mecanizado (a marca da primeira revolução industrial) levou quase 120 anos para se espalhar fora da Europa. Em contraste, a internet espalhou-se pelo globo em menos de uma década*”.<sup>2</sup>

Em um mundo globalizado e largamente digitalizado, as novas e rápidas mudanças acarretam impactos significativos nas relações juslaborais<sup>3</sup>. Embora ainda seja cedo para dizer se as novas formas de trabalho decorrentes das alterações tecnológicas serão benéficas (a conferir uma maior autonomia e independência do trabalhador, que terá como característica inerente uma amplitude de competências adquiridas), ou maléficas (a representar a total precarização do trabalho, com a desenfreada desregulamentação das relações juslaborais), certo é que a tecnologia está a produzir efeitos profundos na empregabilidade, dos quais se destacam: o efeito destrutivo, que se traduz na extinção de atividades antes realizadas pelo ser humano e que passam a ser desenvolvidas de maneira automatizada; e o efeito catalizador, entendido como a necessidade de captação de mão de obra decorrente das novas atividades advindas dessa evolução<sup>4</sup>.

O cenário exige a adoção de medidas eficazes no sentido de reduzir o intervalo existente entre tais efeitos, a fim de que seja minimizada a principal consequência deles advinda, qual seja, o aumento substancial do desemprego estrutural. Um dos caminhos para o efeito é, sem dúvida, o da formação profissional contínua, princípio que decorre do fundamento geral do aprendizado ao longo da vida, e que deve abranger tanto aqueles que ingressam no mercado de trabalho, quanto aqueles que estão na ativa e que tem ameaçados os seus postos de trabalho em decorrência do avanço tecnológico.

## A formação profissional contínua

A preocupação com a formação profissional contínua vem de longa data. A Declaração Relativa aos fins e Objectivos da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Declaração de Filadélfia, já em 1944 previa, para a consecução do pleno emprego, a concretização de “*possibilidades de formação*”<sup>5</sup>.

---

da época, e que teve como característica marcante a destruição das máquinas existentes nas fábricas. De acordo com COGGIOLA, o ludismo adquiriu abrangência em toda a Inglaterra, mas “*não foi um movimento exclusivamente inglês, tendo-se registrado movimentos semelhantes na Bélgica, na Renânia, na Suíça e na Silésia*”. (COGGIOLA. Osvaldo. Os inícios das organizações dos trabalhadores. Revista Aurora, ano IV, número 6 – Agosto de 2010. p. 16).

- 2 SHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. São Paulo. 1ª Edição. Editora Edipro, 2016. ISBN 978-85-7283-978-5. p. 20.
- 3 Bem ressalta SHWAB que “*as novas tecnologias mudarão drasticamente a natureza do trabalho em todos os setores e ocupações. A incerteza fundamental tem a ver com a quantidade de postos de trabalhos que serão substituídos pela automação*” (SHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. São Paulo. 1ª Edição. Editora Edipro, 2016. ISBN 978-85-7283-978-5. p. 45).
- 4 SHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. São Paulo. 1ª Edição. Editora Edipro, 2016. ISBN 978-85-7283-978-5. p. 45.
- 5 Declaração Relativa aos Fins e Objectivos da Organização Internacional do Trabalho – OIT, item III. Acedido em <https://www.dgert.gov.pt/declaracao-de-filadelfia>, em 02/11/2020.

Também a Comissão Mundial sobre o Futuro do Trabalho trouxe importantes ponderações sobre a necessidade da aprendizagem ao longo da vida, sobretudo àqueles que estão em fase de transição, em que a tecnologia, num ritmo cada vez mais acelerado, ameaça a empregabilidade<sup>6</sup>.

No âmbito da União Europeia (UE), também não se tem poupado esforços no sentido de lançar luzes sobre o assunto, com ênfase na necessidade do aprendizado ao longo da vida, mormente nos setores de ciência e tecnologia, como forma a atender às necessidades do mercado de trabalho atual. Destaca-se o Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) ao estabelecer que os Estados-Membros (EM) ficam incumbidos de desenvolver uma estratégia em matéria de emprego para promover uma mão de obra qualificada, não somente no que tange ao ingresso no mercado de trabalho, mas também quanto à adaptação daqueles que já estão na ativa, sujeitos às mudanças econômicas e tecnológicas. O Tratado prevê, para tanto, a instituição de um Fundo Social<sup>7</sup> com o objetivo de “*promover facilidades de emprego e a mobilidade geográfica e profissional dos trabalhadores na União, bem como facilitar a adaptação às mudanças industriais e à evolução dos sistemas de produção, nomeadamente através da formação e da reconversão profissionais*” (artigos 145º e 162º, ambos do TFUE)<sup>8</sup>.

Constata-se, assim, a grande preocupação da OIT e da UE no sentido de harmonizar o avanço da tecnologia com o direito ao trabalho, tendo como principal instrumento o princípio da formação profissional contínua, decor-

6 De acordo com a Comissão, desde “*as mudanças na organização do trabalho até as novas tecnologias que estão a chegar às explorações agrícolas, às fábricas e aos escritórios, a mudança é uma característica constante do mundo do trabalho. Aproveitar as transformações em curso para abrir portas e criar oportunidades para o desenvolvimento humano exige que os trabalhadores e as trabalhadoras tenham direito à aprendizagem ao longo da vida. Esta é uma dimensão fundamental para que as pessoas possam beneficiadas oportunidades geradas pelas novas tecnologias e das atividades laborais emergentes*”. (OIT. Trabalhar para um Futuro Melhor. Comissão Mundial sobre o Futuro do Trabalho. Lisboa. Regiset, 2019. ISBN 978-972-704-423-8 p. 30, acedido em [https://www.ilo.org/lisbon/publica/C3/A7/C3/B5es/WCMS\\_677383/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/lisbon/publica/C3/A7/C3/B5es/WCMS_677383/lang-pt/index.htm), em 02/11/2020).

7 O Fundo Social Europeu (FSE) foi o primeiro Fundo Estrutural, tendo reembolsado aos Estados-Membros, até o ano de 1970, “*metade dos subsídios de formação profissional e de reinstalação concedidos aos trabalhadores afetados por reestruturações econômicas*. Dentre outros, tem o objetivo de “*investir na educação, na formação e na formação profissional para a aquisição de competências e aprendizagem ao longo da vida*”. Seu papel foi reforçado no período entre 2014 e 2020 “*graças à introdução de uma percentagem mínima (juridicamente vinculativa) de 23,1% do total do financiamento da coesão*”. (Fichas temáticas sobre a União Europeia. Acedido em [https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU\\_2.3.2.pdf](https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_2.3.2.pdf), em 02/11/2020).

8 O Tratado vai além e avoca um importante papel para a União Europeia, ao estabelecer que a ela incumbe desenvolver “*uma política de formação profissional que apoie e complete as ações dos Estados-Membros, respeitando plenamente a responsabilidade dos Estados-Membros pelo conteúdo e pela organização da formação profissional*”, com os objetivos de: “*facilitar a adaptação às mudanças industriais, nomeadamente através da formação e da reconversão profissionais*”; “*melhorar a formação profissional inicial e a formação contínua, de modo a facilitar a inserção e a reinserção profissional no mercado de trabalho*”; “*facilitar o acesso à formação profissional e incentivar a mobilidade de formadores e formandos, nomeadamente dos jovens*”; “*estimular a cooperação em matéria de formação entre estabelecimentos de ensino ou de formação profissional e empresas*”; “*desenvolver o intercâmbio de informações e experiências sobre questões comuns aos sistemas de formação dos Estados-Membros*” (artigo 166º, TFUE).

rente do fundamento geral do aprendizado ao longo da vida. À efetivação dessas garantias faz-se imprescindível o papel proativo dos Estados e dos atores juslaborais, conforme se verá adiante.

## O papel do Estado e dos atores juslaborais na efetividade da formação contínua

A harmonização entre tecnologia e normatização é um desafio para os governos. O ideal seria que a produção legislativa fosse suficientemente eficaz a conciliar o interesse dos atores da relação de trabalho sem obstar o avanço tecnológico.<sup>9</sup> Entretanto, o ritmo cada vez mais acelerado dessas alterações faz aumentar a dificuldade de estabelecer medidas políticas capazes de apresentar soluções efetivas.

Tomando por base a situação de Portugal, verifica-se que a legislação ainda é escassa no que tange à automatização e à relação de trabalho. Conforme afirma RAMALHO, a legislação portuguesa é *“exigente em matéria de formação profissional dos trabalhadores. Contudo, com raras exceções, o Código do Trabalho não estabelece qualquer conexão explícita entre o dever de formação profissional dos trabalhadores e as tecnologias digitais”*<sup>10</sup>. Confirma tal conclusão o fato de o artigo 359º, do CT, ser o único dispositivo legal do código a mencionar a automatização, e ainda assim, o faz no capítulo referente ao despedimento coletivo.

Apesar da deficiência legislativa relativa à formação profissional *vs* tecnologia, é importante chamar a atenção para importantes dispositivos que, no mesmo código, abrem um amplo caminho à harmonização entre a evolução tecnológica e o direito ao trabalho, com foco na negociação coletiva e na aquisição de novas competências por parte do trabalhador. É o que se depreende da leitura do artigo 131º, 9, CT, ao prever que o conteúdo referente à formação profissional contínua (cuja regulamentação se encontra nos artigos

---

9 Cediço que a legislação deve caminhar no sentido de conciliar o avanço tecnológico e a empregabilidade. Contudo, há situações em que a produção legislativa se distancia do objetivo. No Brasil, a Lei 9.956, de 12 de janeiro de 2000, que dispõe sobre a proibição do funcionamento de bombas de auto-serviço nos postos de abastecimento de combustíveis em todo o território nacional, é um exemplo a não ser seguido. Sob o pretexto de proteção à saúde dos consumidores, que não ficariam expostos a condições perigosas durante o abastecimento, a normatização acaba por forçar uma proteção ao empregado que se ativa nas bombas de combustível, e na tentativa de frear a evolução tecnológica. De acordo com MARTINES e MALTEZ, *“a proteção ideal se caracterizaria por um processo gradual e planejado de automação dos postos de combustível que não obstaculizasse a livre iniciativa e o desenvolvimento tecnológico, embora se preocupasse com o processo de requalificação e realocação dos profissionais atingidos pelas inovações técnicas. Nesse ponto, poderia se pensar, inclusive, no estabelecimento de uma limitação da quantidade de bombas de autosserviço por posto de gasolina ou ainda, num prazo mínimo para o interessado em adotar essas inovações tecnológicas as comunicasse ao sindicato dos trabalhadores que seriam atingidos por elas, para que fossem estabelecidos meios de proteção destes em face do desemprego estrutural”* (MALTINEZ, Luciano e MALTEZ, Mariana. O direito fundamental à proteção em face da automação. Revista Nova Hileia, Vol. 2. nº 2, jan-jun 2017).

10 RAMALHO. Rosário Palma. A economia digital e a negociação coletiva. Lisboa, 2019. p. 72. Acedido em <https://www.crlaborais.pt/documents/10182/341209/Estudo/d0ffbfafd-f9e4-42eb-aad7-7a3e21038486> em 02/11/2020).

130º e seguintes do código), “*pode ser adaptado por convenção coletiva que tenha em conta as características do setor de atividade, a qualificação dos trabalhadores e a dimensão da empresa*”. Na mesma linha, estabelece o artigo 492º, 2, b do CT, que a convenção coletiva deverá indicar as “*ações de formação profissional, tendo presentes as necessidades do trabalhador e do empregador*”.

A leitura de tais dispositivos leva à conclusão de que a legislação, assumindo a sua incapacidade em acompanhar as mudanças atuais quanto à questão, elege a negociação coletiva como um poderoso instrumento regulador da formação profissional contínua, conferindo-lhe ampla margem de adaptação de acordo com o setor, a categoria, o tipo de empresa e a necessidade da categoria profissional envolvida, de forma a atender aos interesses, às necessidades e aos anseios dos trabalhadores e dos empregadores de maneira mais ágil e efetiva.<sup>11</sup>

A negociação coletiva assume, assim, uma importante expressão do diálogo social, hábil a promover uma formação profissional contínua eficaz, com foco no ser humano e com benefícios a curto, médio e longo prazo, munindo os trabalhadores de novas capacidades a fim de que possam assumir novas funções e, dessa forma, prevenirem-se contra o desemprego estrutural. Aos atores juslaborais incumbe o papel de protagonistas na condução desse processo, fazendo o melhor uso do instrumento que lhes foi posto à disposição. Sem dúvida, um grande desafio e uma grande responsabilidade, mormente em um mundo volátil onde o “novo” ainda não se instalou de vez, e o “velho” ainda não deixou de existir completamente.

Entretanto, não há como se esquivar desse mister.

Com efeito, Portugal é um dos muitos países em que o efeito destrutivo decorrente da tecnologia deverá se dar em larga escala nos anos próximos.<sup>12</sup> Nesse contexto, a posição proativa das entidades sindicais se faz necessária, indispensável e premente, mormente ante os dados apresentados pelo Relatório Anual sobre a Evolução da Negociação Coletiva em 2019, ao revelarem que a matéria referente à formação profissional no país é encontrada em apenas cerca de 38% das convenções coletivas celebradas no país (com predo-

11 Os sindicatos possuem papéis determinantes nos rumos da formação profissional contínua, atingindo uma parcela de trabalhadores que poderiam não ser efetivamente beneficiadas, nada obstante a previsão legal, como no caso de empregados de pequenas e médias empresas: “*Trade unions can play a useful role as organisers of lifelong learning, particularly for those—workers in small firms or the self-employed—for whom company-provided training is unlikely*”. (The Economist. Equipping people to stay ahead of technological change. London. The Economist Group Limited. Jan 14th edition, 2017. Acedido em <https://www.economist.com/leaders/2017/01/14/equipping-people-to-stay-ahead-of-technological-change>, em 02/11/2020).

12 De acordo com o estudo realizado pela revista “Indústria”, estima-se que “*até 2030 cerca de 1,1 milhões de postos de trabalho possam ser reduzidos*” o que se explica pelo fato de que 50% das horas de trabalho possam ser suscetíveis de serem substituídas por processos automatizados. (\_\_\_\_\_. O futuro do trabalho em Portugal: desafios e oportunidades até 2030. Indústria: Revista de Empresários e Negócios. Edição abril/maio/junho 2019. nº 120. Bleed – Sociedade Editorial e Organização de Eventos. Lisboa. p. 07-08. Acedido em [http://cip.org.pt/wp-content/uploads/2019/07/IND\\_120\\_LR.pdf](http://cip.org.pt/wp-content/uploads/2019/07/IND_120_LR.pdf), em 02/11/2020).



mínio de negociações no âmbito da empresa) e, ainda assim, as cláusulas que dizem respeito à formação profissional limitam-se a repetir os termos da lei.<sup>13</sup>

Não é, salvo melhor juízo, o que se espera.

Isso porque o comprometimento dos atores juslaborais na tomada de medidas concretas por meio da negociação coletiva guarda relação direta com o grau de proteção conferido aos trabalhadores.<sup>14</sup> Assim, o que se espera das convenções coletivas celebradas nos tempos atuais é a apresentação de soluções reais para as situações concretas advindas da evolução tecnológica. E, para isso, o papel proativo das entidades representativas das categorias econômica e profissional é primordial,<sup>15</sup> de modo que se revela insuficiente a mera repetição de termos gerais e abstratos previstos em lei nos instrumentos coletivos. Desse modo, o estabelecimento de medidas concretas (e não meramente formais) nas convenções coletivas, assim, é medida que se impõe.

## **A aplicação da negociação coletiva com foco na formação profissional contínua**

De tudo o que foi até aqui visto, não há dúvida de que a negociação coletiva se revela como expressão do direito fundamental ao trabalho, um instrumento garantidor da empregabilidade.<sup>16</sup> No âmbito da União Europeia há exemplos de aplicação da negociação coletiva com enfoque na formação profissional contínua como medida eficaz à harmonização do avanço tecnológico e da empregabilidade. Vejamos alguns deles.

- 13 BRITO, Pedro Madeira de, AGAPITO, Paula. Relatório Anual sobre a evolução da negociação coletiva em 2019. Centro das Relações Laborais (CRL) Edição: 14 de julho de 2020. Acedido em [https://www.sg.mtsss.gov.pt/noticias/-/asset\\_publisher/j155nnK9YPTm/content/relatorio-anual-sobre-a-evolucao-da-negociacao-coletiva-em-2019?\\_101\\_INSTANCE\\_j155nnK9YPTm\\_redirect=%2Fnoticias](https://www.sg.mtsss.gov.pt/noticias/-/asset_publisher/j155nnK9YPTm/content/relatorio-anual-sobre-a-evolucao-da-negociacao-coletiva-em-2019?_101_INSTANCE_j155nnK9YPTm_redirect=%2Fnoticias), em 02/11/2020.
- 14 Confirma tal conclusão as negociações coletivas entabuladas pela empresa Autoeuropa e entidades representativas dos empregados que, em tempos de crise econômica, promoveram um amplo diálogo social e realizaram diversos acordos coletivos visando à manutenção dos contratos de trabalho e garantias mínimas aos trabalhadores. (LIMA, Marinus Pires de; LATAS, Ana Guerreiro e NUNES, Cristina. Boas práticas laborais e negociação coletiva na Autoeuropa e SATA-SNPVAC. *Anál. Social* [online]. 2012, n.202. p.146-165. Acedido em: <[http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0003-25732012000100006&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-25732012000100006&lng=pt&nrm=iso)>. ISSN 0003-2573, em 02/11/2020).
- 15 Nas palavras de CUESTA, “*Las armas de lucha clásicas antes citadas no son otras que apostar por el diálogo social, la negociación colectiva y el protagonismo de las organizaciones sindicales*”. CUESTA, Henar Álvares. *El diálogo social y la negociación colectiva como herramientas para lograr una transición digital justa*. Lan Harremanak, 2019. Edición In Press argitalpena, 42. p. 6. Acedido em <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21204>, em 02/11/2020.
- 16 Muito embora não esteja expressamente gravada na Declaração Universal, entende-se que o direito à negociação coletiva integra os Direitos Humanos. Segundo ADAMS, “*Although collective bargaining is not mentioned specifically in the UDHR, it seems clear that the frames intended that it be included as a prime aspect of freedom of association. Later interpretations of the meaning of freedom of association by UN human rights oversight committees affirmed the status of collective bargaining as a fundamental aspect of freedom of association*” (ADAMS. Ray J. From statutory Right to Human Right: The evolution and current status of Collective Bargaining. *Just Labor: A Canadian Journal of Work and Society – Volume 2 – spring 2008*. p. 49).

Entabulada em Itália em 2019, a negociação coletiva entre Cifa e Conf-sal ressalta o importante papel das entidades representativas das categorias econômica e profissional na concretização do direito à formação profissional contínua. De acordo com o instrumento coletivo, garante-se um aumento salarial aos trabalhadores que efetuem um determinado número de horas de formação profissional, podendo o aumento ser ainda mais elevado caso o trabalhador, mesmo fora da empresa, realize treinamento que lhe confira uma certificação de habilidades<sup>17</sup>. A finalidade da convenção é a de dotar os trabalhadores de novas competências a fim de que possam se beneficiar das inovações tecnológicas. Ao utilizar como estímulo a majoração salarial, a norma coletiva aumenta o potencial de empregabilidade dos trabalhadores, garantindo-lhes proteção e dignidade, ao mesmo tempo em que assegura aos empregadores “*instrumentos contrattuali ágéis e flexíveis, necessariis para aumentare a competitividade e produttività das empresas italianas*”<sup>18</sup>.

Outra excelente aplicação da negociação coletiva com a finalidade de promover a formação profissional contínua é a ocorrida em Alemanha, entre o operador portuário Eurogate e Ver.di, um dos maiores sindicatos existentes no país<sup>19</sup>. Antevendo a grave repercussão que a inserção de novas tecnologias na empresa poderia trazer aos trabalhadores, estabeleceu-se um franco diálogo social que culminou em um acordo coletivo de trabalho dotado de uma série de medidas tendentes a harmonizar o avanço tecnológico e a preservação dos empregos.

Estabelece o instrumento de regulamentação coletiva do trabalho que, se ao menos 10% dos empregados da empresa forem afetados pela automação (e isto inclui não apenas os trabalhadores portuários, mas todos os outros

17 Diz a cláusula 54 da *Contrattazione collettiva* válida no triênio de 2019 a 2022: “*Scatti di competenza. 1. Ogni lavoratore ha diritto al riconoscimento di scatti di competenza pari all’1,5% della retribuzione mensile per un massimo di 10 scatti triennali. Tali scatti matureranno in conseguenza della partecipazione ad attività/percorsi formativi inerenti la propria qualifica professionale, per un monte ore non inferiore a 50 in un triennio e secondo modalità attuative da definire congiuntamente tra datore di lavoro e lavoratore, anche in riferimento alla possibilità di fruizione di permessi per la formazione. 2. Qualora al termine del percorso formativo il lavoratore ottenga la certificazione delle competenze, acquisita secondo le normative vigenti, lo scatto di competenza verrà integrato di un ulteriore 0,5%. 3. È possibile definire a livello aziendale il riconoscimento, in sostituzione o integrazione dello scatto di competenza, di un premio di produttività. Nel caso in cui nel corso del triennio intercorrente tra uno e l’altro scatto intervengano passaggi di livello, per la determinazione dell’ammontare dello scatto, dovrà essere presa a riferimento la retribuzione del livello acquisito. 4. Per i lavoratori provenienti dalla disciplina degli scatti di anzianità, la presente disciplina entra in vigore a partire dal giorno successivo a quello di raggiungimento dell’ultimo scatto di anzianità*”. (*Contrattazione collettiva – Laboratori di Analisi (Conf-sal\_Cifa\_Federarlab*. Acedido em [https://ilccnl.it/ccnl\\_Laboratori\\_di\\_analisi\\_\(Conf-sal\\_Cifa\\_Federarlab\).html](https://ilccnl.it/ccnl_Laboratori_di_analisi_(Conf-sal_Cifa_Federarlab).html), em 02/11/2020.

18 TREU, Tiziano. Regole certe per una contrattazione di qualità. La terza via della contrattazione collettiva. Nuove opportunità per imprese i lavoratori. Milano. Wolters Kluwer, 2019. ISBN: 978-88-217-7518-5. p 38-40. Acedido em [https://www.cifaitalia.it/images/239/2019/e-Book\\_La\\_terza\\_via\\_della\\_contrattazione\\_collettiva.pdf](https://www.cifaitalia.it/images/239/2019/e-Book_La_terza_via_della_contrattazione_collettiva.pdf), em 02/11/2020.

19 KATRIN. Anne. Tarifvertrag für die Zukunft. Das Magazin der Arbeitnehmerkammer. BAM. Maio/junho 2019. Acedido em <https://www.arbeitnehmerkammer.de/service/bam/ausgaben/ausgabe-maijuni/tarifvertrag-fuer-die-zukunft.html>, em 02/11/2020.

que se encontram nela inseridos, a exemplo dos trabalhadores comerciais e técnicos) a norma coletiva passa a ser aplicada. Referido instrumento possui vários pontos interessantes, dentre os quais destacam-se:

- a proibição, num prazo longo (10 anos) de despedimentos relacionados com a automação;
- a previsão de requalificação dos empregados atingidos, garantindo-lhes oportunidades de aprendizado de novas capacitações;
- a garantia de uma oferta de vaga em outra empresa do grupo ao empregado que não puder ser aproveitado em sua área de trabalho anterior em razão da automação, sendo certo que se tal resultar de diminuição salarial, o salário continuará sendo regularmente pago pelos próximos 5 anos, havendo redução gradual após esse período, num lapso de mais 5 anos.
- o estabelecimento de uma comissão de automação, composta por representantes dos trabalhadores e empregador com o objetivo de influenciar sobre o processo de automação, mormente no que tange ao planejamento de pessoal.

Existem outros exemplos, como o citado por CUESTA ao explicar que, em França, no ano de 2016, *“se firmó un acuerdo sobre el sector digital, el primero en Europa, entre interlocutores sociales en el seno de un grupo de telecomunicaciones. Este prevé, entre otras cosas, la creación de un comité con los interlocutores sociales encargado de anticipar las nuevas competencias que necesitarán los trabajadores debido al desarrollo digital”*.<sup>20</sup>

Tais exemplos demonstram que o papel dos atores laborais é determinante para a criação de mecanismos hábeis à do direito ao trabalho, sem perder de vista o aumento da competitividade empresarial. Os efeitos positivos dessa importante expressão do diálogo social serão mais sentidos à medida em que aumentarem o número de convenções coletivas atentas às novas necessidades impostas e sensíveis aos bons resultados advindos do investimento na formação profissional contínua.

## Conclusão

Em um mundo em que se robotizam funções, em que se automatizam atividades, e em que se dissociam os produtos das mãos humanas, a necessidade de repensar o ser humano como centro das mudanças é essencial. Não significa dizer que a evolução tecnológica deva ser obstada em prol dos direitos sociais. Pelo contrário. Significa dizer que é preciso conferir força ao diálogo social para que, por meio dele, possa-se antecipar soluções às consequências oriundas da evolução tecnológica.

A expressão mais contundente desse diálogo é, sem dúvida, a via da negociação coletiva, instrumento que possui imensa importância na garantia do

20 CUESTA, Henar Álvares. El diálogo social y la negociación colectiva como herramientas para lograr una transición digital justa. Lan Harremanak, 2019. Edición In Press argitalpena, 42. p. 28. Acedido em <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21204>, em 02/11/2020.

direito ao trabalho, tão caro nos tempos atuais. Para que tal ocorra, contudo, é necessário o protagonismo de seus operadores, a fim de que possam, mediante o máximo aproveitamento do diálogo social, dar concretude às disposições gerais e abstratas da lei por meio do estabelecimento de medidas que atendam aos anseios dos trabalhadores e empregadores de acordo com a peculiaridade de cada setor ou atividade, colhendo, assim, os melhores resultados de sua utilização. A exploração de métodos para a obtenção de uma efetiva formação profissional contínua parece ser uma excelente forma de munir os trabalhadores de novas capacidades, compatibilizar o avanço tecnológico com a empregabilidade e garantir a saúde econômica empresarial.

## Referências

ADAMS, Ray J. From statutory Right to Human Right: The evolution and current status of Collective Bargaining. **Just Labor: A Canadian Journal of Work and Society** – Volume 2 – spring 2008.

ALTINEZ, Luciano e MALTEZ, Mariana. O direito fundamental à proteção em face da automação. **Revista Nova Hileia**, Vol. 2. n<sup>a</sup> 2, jan-jun 2017.

BRITO, Pedro Madeira de, AGAPITO, Paula. **Relatório Anual sobre a evolução da negociação coletiva em 2019**. Centro das Relações Laborais (CRL) Edição: 14 de julho de 2020. Acedido em [https://www.sg.mtsss.gov.pt/noticias/-/asset\\_publisher/j155nnK9YPTm/content/relatorio-anual-sobre-a-evolucao-da-negociacao-coletiva-em-2019?\\_101\\_INSTANCE\\_j155nnK9YPTm\\_redirect=%2Fnoticias](https://www.sg.mtsss.gov.pt/noticias/-/asset_publisher/j155nnK9YPTm/content/relatorio-anual-sobre-a-evolucao-da-negociacao-coletiva-em-2019?_101_INSTANCE_j155nnK9YPTm_redirect=%2Fnoticias), em 02/11/2020.

COGGIOLA, Osvaldo. Os inícios das organizações dos trabalhadores. **Revista Aurora**, ano IV, número 6 – Agosto de 2010.

CUESTA, Henar Álvares. **El diálogo social y la negociación colectiva como herramientas para lograr una transición digital justa**. Lan Harremanak, 2019. Edición In Press argitalpena, 42. Acedido em <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21204>, em 02/11/2020.

Declaração Relativa aos Fins e Objectivos da Organização Internacional do Trabalho. Acedido em <https://www.dgert.gov.pt/declaracao-de-filadelfia>, em 02/11/2020.

FICHAS temáticas sobre a União Europeia. Acedido em [https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU\\_2.3.2.pdf](https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_2.3.2.pdf), em 02/11/2020.

KATRIN, Anne. **Tarivertrag für die Zukunft**. Das Magazin der Arbeitnehmerkammer. BAM. Maio/junho 2019. Acedido em <https://www.arbeitnehmerkammer.de/service/bam/ausgaben/ausgabe-maijuni/tarifvertrag-fuer-die-zukunft.html>, em 02/11/2020.

LIMA, Marinús Pires de; LATAS, Ana Guerreiro e NUNES, Cristina. **Boas práticas laborais e negociação coletiva na Autoeuropa e SATA-SNPVAC**. Anál. Social [online]. 2012, n.202. p.146-165. Acedido em: <[http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0003-25732012000100006&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-25732012000100006&lng=pt&nrm=iso)>. ISSN 0003-2573, em 02/11/2020.

MALTINEZ, Luciano e MALTEZ, Mariana. O direito fundamental à proteção em face da automação. **Revista Nova Hileia**, Vol. 2. n<sup>a</sup> 2, jan-jun 2017.

\_\_\_\_\_. O futuro do trabalho em Portugal: desafios e oportunidades até 2030. Indústria: **Revista de Empresários e Negócios**. Edição abril/maio/junho 2019. n<sup>o</sup> 120. Bleed – Sociedade Editorial e Organização de Eventos. Lisboa. p. 07-08. Acedido em [http://cip.org.pt/wp-content/uploads/2019/07/IND\\_120\\_LR.pdf](http://cip.org.pt/wp-content/uploads/2019/07/IND_120_LR.pdf), em 02/11/2020).

OIT. **Trabalhar para um Futuro Melhor**. Comissão Mundial sobre o Futuro do Trabalho. Lisboa. Regiset, 2019. ISBN 978-972-704-423-8. Acedido em [https://www.ilo.org/lisbon/publica%C3%A7%C3%B5es/WCMS\\_677383/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/lisbon/publica%C3%A7%C3%B5es/WCMS_677383/lang-pt/index.htm), em 02/11/2020.

RAMALHO, Rosário Palma. **A economia digital e a negociação coletiva**. Lisboa, 2019. p. 72. Acedido em <https://www.crlaborais.pt/documents/10182/341209/Estudo/d0ffbafd-f9e4-42eb-aad7-7a3e21038486> em 02/11/2020.

SHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo. 1<sup>a</sup> Edição. Editora Edipro, 2016. ISBN 978-85-7283-978-5.

THE ECONOMIST. **Equipping people to stay ahead of technological change**. London. The Economist Group Limited. Jan 14th edition, 2017. Acedido em <https://www.economist.com/leaders/2017/01/14/equipping-people-to-stay-ahead-of-technological-change>, em 02/11/2020.

TREU, Tiziano. **Regole certe per una contrattazione di qualità**. La terza via della contrattazione collettiva. Nuove opportunità per imprese i lavoratori. Milano. Wolters Kluwer, 2019. ISBN: 978-88-217-7518-5. Acedido em [https://www.cifaitalia.it/images/239/2019/e-Book\\_La\\_terza\\_via\\_della\\_contrattazione\\_collettiva.pdf](https://www.cifaitalia.it/images/239/2019/e-Book_La_terza_via_della_contrattazione_collettiva.pdf), em 02/11/2020.

# IMPACTO DAS OPINIÕES VOLÁTEIS SOBRE A POLÍTICA DE RESÍDUOS SÓLIDOS E A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS A PARTIR DO ESTUDO DE CASO SOBRE O TRATAMENTO DO LIXO NA CIDADE DE PAULÍNIA, SÃO PAULO, BRASIL

**Natalia Mayumi Gonçalves Miyazaki**

Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, graduanda de pós-graduação da Universidade de São Paulo – Contabilidade e graduanda de pós-graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie – Processo Civil

## **Resumo:**

Uma das pautas do debate ambientalista é o descarte sustentável de resíduos sólidos urbanos, tendo em vista a crise de produção de lixo em larga escala que enfrenta o Brasil. O presente artigo emoldura quantitativamente como a implementação do conceito de cidades inteligentes em políticas públicas de descarte oferecem novos panoramas de responsabilidade ambiental. Visando fortalecer o debate, a partir do método bibliográfico de análise, apresenta diferentes concepções e teses sobre o tema. Inicialmente se contextualiza o cenário ambiental. Mais adiante, são trazidas definições do conceito de cidades inteligentes, características especiais e requisitos classificatórios. Por fim, a partir do estudo de caso de Paulínia, que implementou sistema pneumático de descarte e coleta de resíduos sólidos, questiona sobre a importância e relevância de abranger o conceito de cidades inteligentes para melhorar a gestão ambiental e a qualidade de vida da sociedade.

**Palavras-chave:** Cidades Inteligentes; Opiniões Voláteis; Descarte e Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos.

## **Introdução**

As políticas relacionadas ao descarte de resíduos sólidos urbanos são impactadas pela opinião pública volatizada das pautas ambientais. A responsabilidade ambiental prevista pela constituição compete exclusivamente aos entes federativos, cada qual com seus limites, perspectivas e funções específicas. Porém, a sociedade tem papel fundamental para o desenvolvimento sus-

tentável, de modo que incumbe ao poder público harmonizar sua administração com as características particulares dos cidadãos. Sendo assim, a presente análise pretende discutir sobre como políticas públicas que seguem modelos inteligentes oferecem novas perspectivas de responsabilidade ambiental.

O primeiro capítulo tratará o contexto da urbanização e como esta afeta o meio ambiente. É certo que o consumo em massa é intrínseco ao modelo econômico brasileiro, adotar o capitalismo é estar ciente da imensa quantidade de resíduos que serão gerados todos os dias. Refletir como será possível conciliar o desenvolvimento urbano com o meio ambiente é, de longe, uma das pautas mais importante a serem discutidas pela opinião pública, pois, sem o desenvolvimento sustentável a vida humana está fadada à extinção.

Neste rumo, serão apresentados dados demonstrativos quanto ao relacionamento do Brasil com o meio ambiente. Conforme se observará, a situação é alarmante, ainda que notícias recentes apontem pela melhoria dos serviços públicos de descarte de resíduos sólidos urbanos. Legislativamente, existem previsões constitucionais em prol do meio ambiente ecologicamente equilibrado, normas infraconstitucionais estaduais e municipais, que preveem a responsabilidade do poder público de garanti-lo, abordadas ainda na primeira parte.

As políticas nacionais exigem que entes federativos atuem neste sentido, cobrando planos anuais de promoção de políticas públicas em conformidade com as diretrizes constitucionais e internacionais dos acordos ratificados. Do ponto de vista municipal, o financiamento, falta de recursos e a relação precária do poder público com a sociedade, são os principais fatores para o cenário exposto, enquanto alguns ultrapassam o esperado, outros sequer possuem iniciativas de gestão dos resíduos.

Em seguida, a segunda parte trará algumas definições acerca das cidades inteligentes. Como são classificadas, a razão para isso e que tipo de inovações são criadas para otimizar relações públicas e a qualidade de vida de seus habitantes. Alguns exemplos internacionais e nacionais de cidades marcadas pelo desenvolvimento tecnológico e social, criações inovadoras que infundem o mundo material com o mundo virtual, são indicadas pela pesquisa.

Mais adiante, a pesquisa dá enfoque nas cidades que se tornaram inteligentes em razão de gestões inovadoras de resíduos sólidos urbanos. Internacionalmente, Barcelona é símbolo de gerenciamento do lixo urbano, sistemas pneumáticos de descarte e de coleta seletiva trouxeram benefícios vitalícios que colocaram a cidades na 49ª posição no ranking do Smart City Index 2020. Nacionalmente, a cidade de Belo Horizonte é usada como exemplo, símbolo nacional de gestão integrada de resíduos sólidos, que apresentou melhorias salientes na economia, na sociedade e no meio ambiente.

Ao final, será feita análise mais profundam do sistema subterrâneo de descarte e coleta de resíduos sólidos urbanos de Paulínia e seus resultados obtidos. Isso, irá expor como o sistema trouxe benefícios inquestionáveis à cidade, como se deu a harmonização entre o poder público e a sociedade.

Todavia, como a pesquisa apontará, as características particulares de Paulínia, seu PIB, seu desenvolvimento histórico e rápida urbanização, possibilitou que esse projeto ocorresse sem maiores dificuldades financeiras e de interesse público, de modo que é considerada quase como uma utopia se levada como referência para outras cidades que pretendam aplicar tal sistema.

Logo, a pesquisa possui condão quantitativo a partir de uma análise bibliográfica com objetivo de enriquecer reflexões sobre a efetividade das estratégias e modelos das cidades inteligentes. Suas diretrizes e finalidades poderiam ser aplicadas em qualquer cidade? Bastaria que fossem modificadas e adaptadas à realidade local? Muitas perguntas e dúvidas surgem quanto a técnicas sustentáveis de desenvolvimento urbano e por esta razão foi feito o presente artigo.

## Da Responsabilidade Ambiental

A urbanização altera significativamente o meio ambiente. Não há como negar que o formato capitalista adotado pelos seres humanos é ecologicamente prejudicial, o consumo massificado de bens e serviços compromete significativamente diversos recursos naturais. Paralelamente, a situação se agrava pelo crescimento populacional que, conforme projeções da Organização das Nações Unidas (ONU), ultrapassará o patamar de 9 bilhões de habitantes nos próximos quarenta anos, onde mais de 65% das pessoas viverão em centros urbanos.

O Brasil é um exemplo de país que não possui relação saudável com o meio ambiente. Historicamente, pautas ambientais não possuíam grande alcance social, além de serem bastante onerosas e de difícil acesso já que eram tratadas quase que exclusivamente em academias e centros educacionais. Isso, além de enfraquecer a opinião pública sobre o tema, também afetou definitivamente parcelas mais pobres da população, como pôde ser evidenciado pela falta de políticas públicas estatais diante do aumento de resíduos sólidos no período de êxodos rural, por exemplo. Pelo que se observa, tais fatores repercutem até hoje.

O Panorama 2018/2019 publicado pela Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Sólidos (ABRELPE), constatou que entre 2017 e 2018 a geração de resíduos sólidos urbanos (RSU) aumentou em todas as regiões. Foram geradas cerca de 79 milhões de toneladas de RSU, um aumento de quase 1% em comparação ao ano anterior. Aliado a isso, a população brasileira cresceu 0,40% e a geração per capita de RSU subiu 0,39%, como resultado, foi alcançada a marca de 1,039 kg/hab/dia.<sup>1</sup>

A defesa e preservação ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é de competência do Poder Público e da coletividade conforme Art. 225º da

---

1 Plano Nacional de Resíduos Sólidos. Disponível em: <http://consultaspublicas.mma.gov.br/planares/wp-content/uploads/2020/07/Plano-Nacional-de-Res%C3%A9duos-S%C3%B3lidos-Consulta-P%C3%BAblica.pdf>.



Constituição Federal de 1988 (CF). Com referência na Política Nacional do Meio Ambiente tipificada pela Lei. 6.938/81, delegou-se a União, aos Estados, ao Distrito Federal e demais Municípios prerrogativas para criação de normas constitucionais e políticas públicas de saneamento básico, regulando e fiscalizando atos e planejamentos públicos visando a sustentabilidade.

Sobre o descarte de resíduos sólidos no âmbito federal, está prevista a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) pela lei nº 12.305/2010. Todavia, ciente da autonomia dos Estados e Municípios, cada um instituirá políticas diferentes dependendo da realidade vivenciada, por exemplo, São Paulo criou sua própria política estadual de resíduos sólidos (lei nº 12.300/2006) a partir do Projeto de Lei nº 326/2005. Em seguida, para entender como ocorre o relacionamento entre as normas supracitadas vale destacar os seguintes artigos da PNRS:

Art. 4º: A Política Nacional de Resíduos Sólidos reúne o conjunto de princípios, objetivos, instrumentos, diretrizes, metas e ações adotados pelo Governo Federal, isoladamente ou em regime de cooperação com Estados, Distrito Federal, Municípios ou particulares, com vistas à gestão integrada e ao gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos.

Art. 5º: A Política Nacional de Resíduos Sólidos integra a Política Nacional do Meio Ambiente e articula-se com a Política Nacional de Educação Ambiental, regulada pela Lei no 9.795, de 27 de abril de 1999, com a Política Federal de Saneamento Básico, regulada pela Lei nº 11.445, de 2007, e com a Lei no 11.107, de 6 de abril de 2005.<sup>2</sup>

Mais especificamente, também vale a leitura dos artigos 9º e 10º. Logo, normativas deste tipo almejam harmonizar texto constitucional com o desenvolvimento e planejamento individualizado dos entes federativo.<sup>3</sup> Contudo, a implantação da coleta seletiva de RSU é de responsabilidade municipal, exercida através de serviços públicos de limpeza e manejo, segundo o Art. 36º, II, PNRS, devendo concomitantemente estabelecer planos de gestão integrada, desenvolver metas para redução, reutilização, coleta seletiva e reciclagem.

Entretanto, na realidade a maioria dos municípios não implementa programas de coleta seletiva e, quando o fazem, não são capazes de abranger todos os domicílios. Outra constatação importante do panorama destacado foi que em 2018, apenas 1.322 municípios possuíam coleta seletiva de “recicláveis secos”, enquanto 2.146 não, de modo que os municípios com coleta regular atingiram somente 91,2% dos resíduos gerados, em outras palavras, 6,9 milhões de toneladas não foram destinados corretamente e, 40,9% (29 milhões de toneladas), descartadas inadequadamente.<sup>4</sup>

2 Lei nº 12.305/2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm) .

3 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

4 GAMA, Mara. *Brasil produz mais lixo, mas não avança em coleta seletiva*. São Paulo: Folha

Diante disso, são necessárias soluções sistêmicas que preferencialmente possam reduzir custos e otimizar a qualidade de vida sem ameaçar. Neste sentido, há quem diga que o desenvolvimento de novos modelos e recursos tecnológicos possibilitaria soluções mais inteligentes, integradas e interconectadas; pois acreditam que relacionar tendências socioeconômicas com as características individuais de cada cidade é fundamental.

## Cidades Inteligentes

A classificação de ‘cidade inteligente’ demanda aspectos especiais da administração pública. Isto é, considera-se inteligente aquela cidade capaz de impulsionar o crescimento econômico sustentável e melhorar a qualidade de vida, sem negligenciar recursos naturais. Estratégias deste tipo normalmente investem em combinações de capital humano e social com tecnologias da informação e comunicação (TIC’s), visando novos modelos de gestão inteligente que muitas vezes utilizam métodos de governança participativa.<sup>5</sup>

São cidades que infundem informações com sua infraestrutura física, melhoram a relação com meio ambiente, identificam e corrigem problemas com maior eficácia. Aplicam-se tais operações a partir de métricas de desempenho, instrumentadas e orientadas para interconectar setores e silos. Todavia, infundir TIC’s nos subsistemas municipais não é o suficiente para classificar uma cidade como inteligente, na verdade, é fundamental prestar atenção nas conexões produzidas, ou seja, a cidade deve funcionar como um organismo único de redes e sistemas interligados.<sup>6</sup>

Outro ponto de vista aponta que as cidades, inteligentes ou não, alcancem sucesso a partir de dois possíveis eixos, aduzidos por diferentes autores. Por um lado, algumas cidades tenderiam ao gerenciamento sustentável de recursos, criando novos modelos de gestão, tornando-se mais ambientalmente adequadas, com objetivo de atrair investidores (Toppeta, D. 2010; Harrison, C. e Donnelly, I. A. 2011; Wolfram, M. 2012). Por outro, estariam cidades que optariam por desenvolver ambientes mais atrativos do ponto de vista econômico-social, reformulando dinâmicas urbanas com uso de TIC’s para alcançar maior eficiência de serviços públicos por exemplo (Storper, M. 1997; Dogson, M. e Gann, D. 2011; Cadena, A., Dobbs, R. e Remes, J. 2012).

---

de São Paulo, 2018. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/en/Not%C3%ADcias?id=192960> .

- 5 CARAGLIU, Andrea. CHIARA, Del Bo. NIJKAMP, Peter. Smart Cities in Europe. 3rd Central European Conference on Regional Science. Košice. 2016. Disponível em: <[https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:P8KJwd1IOrsJ:https://inta-aivn.org/images/cc/Urbanism/background%2520documents/01\\_03\\_Nijkamp.pdf+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:P8KJwd1IOrsJ:https://inta-aivn.org/images/cc/Urbanism/background%2520documents/01_03_Nijkamp.pdf+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)> .
- 6 CARAGLIU, Andrea. CHIARA, Del Bo. NIJKAMP, Peter. Smart Cities in Europe. 3rd Central European Conference on Regional Science. Košice. 2016. Disponível em: <[https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:P8KJwd1IOrsJ:https://inta-aivn.org/images/cc/Urbanism/background%2520documents/01\\_03\\_Nijkamp.pdf+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:P8KJwd1IOrsJ:https://inta-aivn.org/images/cc/Urbanism/background%2520documents/01_03_Nijkamp.pdf+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)> .

Ademais, também afirmam que as cidades inteligentes constroem combinações inteligentes com a população (Giffinger, R. e Gudrun, H. 2010; Washburn, D. e Sindhu, U. 2010). Possuem enfoque em modelos particularizados e modernos de desenvolvimento urbano com forte reconhecimento das TIC's quanto a competitividade econômica, sustentabilidade ambiental e qualidade de vida, em outras palavras, o conceito ultrapassa aspectos técnicos que caracterizam cidades como 'cidades digitais' (Dutta, S. 2011).

Em setembro de 2020, pela segunda vez o Observatório de Cidades Inteligentes do Institute for Management Development (IMD), em colaboração com a Universidade de Tecnologia e Design da Singapura (SUTD) publicaram o "Smart City Index de 2020". O projeto avaliou a infraestrutura, as disposições tecnológicas e os serviços disponíveis aos habitantes de 109 cidades do mundo, a partir de cinco áreas de análise: saúde e segurança, mobilidade, atividades, oportunidades e governança. Recomenda-se a leitura para melhor entendimento sobre definições e conceitos atualizados das cidades inteligentes.<sup>7</sup>

Muitos exemplos de cidades e seus projetos inteligentes podem ser citados. Singapura implementou câmeras de tráfego com medidores de volume de trânsito, otimizando a mobilidade dos passageiros. Em Kaunas, Lituânia, os estacionamentos pagos utilizam sistema de cobrança automatizado, deduzindo o custo automaticamente das contas bancárias dos motoristas. Conforme se observa, estas cidades adotariam o segundo eixo mencionado anteriormente, haja vista do maior enfoque no uso de TIC's.<sup>8</sup>

Sob a ótica do primeiro eixo, enquadra-se a cidade de Medellín, Colômbia, cuja inteligência está na coleta de dados para decidir como e onde implantar tecnologias de impacto social. A principal diferença, como aponta Soledad Garcia-Ferrari, é que algumas cidades inteligentes trabalham de maneira centralizada, impulsionando mudanças a partir de empresas de tecnologia, em contrapartida, Medellín buscou iniciativas que incluíssem todas as facetas da sociedade e que também fossem impulsionadas pelas próprias comunidades.<sup>9</sup>

Neste caso, o problema principal da cidade era a criminalidade. Em tese, uma solução óbvia seria aumentar o número de policiais nos bairros, porém, o governo optou por organizar reuniões de bairro onde a população e a administração pública discutiam abordagens diferentes como: aliviar a pobreza, o isolamento e a falta de oportunidades dos jovens que consideraram o crime um caminho para o sucesso. Conforme Boyd Cohen, em vez de colocar mais

---

7 Smart City Index 2020. Institute for Management Development, 2020. Disponível em: <https://www.imd.org/smart-city-observatory/smart-city-index/>.

8 BRIS, Arturo. *The world's best smart cities don't just adopt new technology: they make it work for people*. City Monitor, New Statesman Media Group. 2020. Disponível em: <https://citymonitor.ai/horizons/world-s-best-smart-cities-don-t-just-adopt-new-technology-they-make-it-work-people-4815>.

9 FREEDMAN, David H. *How Medellín, Colombia, Became the World's Smartest City*. Newsweek Digital LLC, 2019. Disponível em: <https://www.newsweek.com/2019/11/22/medellin-colombia-worlds-smartest-city-1471521.html>.

armas na rua, investiu-se nas comunidades pobres e começaram a tratar seus residentes como cidadãos de primeira classe.

Com as iniciativas, a taxa de homicídios atualmente equivale a um vigésimo do que era em 1993, quase dois terços da população saíram da situação de extrema pobreza e, praticamente toda ela tem acesso gratuito à serviços de educação, saúde, transporte, cultura e economia, muitas vezes online. Logo, a principal característica do desenvolvimento inteligente desta cidade é a integralização entre mudanças tecnológicas e sociais, com a finalidade de melhorar a qualidade de vida de todas as regiões, especialmente daquelas com maior necessidade.<sup>10</sup>

Com relação a políticas de descarte de RSU, Barcelona, Espanha, merece destaque. Com o implemento do sistema de coleta pneumática de resíduos automatizou a gestão do lixo, reduziu emissões de gases poluentes e dos níveis de ruídos pelos caminhões de lixo e também o mau cheiro residencial causado pelas lixeiras tradicionais. Haja em vista complexidade e relevância acerca do sistema, a fim de não desviar da proposta, é indicada a leitura do artigo científico<sup>11</sup> sobre e do trabalho de conclusão de curso<sup>12</sup> sobre sistema de coleta pneumática de resíduos sólidos.

Outro caso importante é a gestão integrada de resíduos sólidos de Belo Horizonte, Minas Gerais. Com objetivo de melhorar os serviços de limpeza urbana, a qualificação e valorização dos trabalhadores envolvidos, promover maior participação da sociedade nas discussões relacionadas ao gerenciamento do lixo. Pelo programa, o município separa os materiais nas fontes geradoras e promove tratamento adequado dos resíduos, conjuntamente, conta com a colaboração da comunidade (catadores, sacolões, supermercados e construtoras) para os serviços de reciclagem. Já em 2003, a cidade apresentava melhorias significativas pela coleta seletiva e também uma rica conexão entre a gestão municipal e programas como o Programa Alimentar e o Programa de Compostagem dos Resíduos Orgânicos

Seguindo para o estudo de caso proposto pelo artigo, aduz-se sobre modelo subterrâneo de gestão do lixo da cidade de Paulínia, São Paulo. Na época de planejamento do projeto, aproximadamente 70 toneladas de resíduos

---

10 FREEDMAN, David H. *How Medellín, Colombia, Became the World's Smartest City*. Newsweek Digital LLC, 2019. Disponível em: <https://www.newsweek.com/2019/11/22/medellin-colombia-worlds-smartest-city-1471521.html> .

11 MADAKAM, Somayya. RAMACHANDRAN, Ramaswamy. *Barcelona Smart City: The Heaven on Earth (Internet of Things: Technological God)*. National Institute of Industrial Engineering, India. 2015. Disponível em: <[https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:kYdppBfUkMoJ:https://res-www.zte.com.cn/mediares/magazine/publication/com\\_en/article/201504/446831/P020151222298945270548.pdf+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:kYdppBfUkMoJ:https://res-www.zte.com.cn/mediares/magazine/publication/com_en/article/201504/446831/P020151222298945270548.pdf+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)> .

12 SANTOS, Arthur S. G.; SANTOS, Gabriel S.; MENTEN, Guilherme S. *Projeto conceitual de um sistema de coleta pneumática de resíduos sólidos*. Universidade de São Paulo, São Paulo. 2014. Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:i50SQHolKKEJ:pha.poli.usp.br/LeArq.aspx%3Fid\\_arq%3D8366+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:i50SQHolKKEJ:pha.poli.usp.br/LeArq.aspx%3Fid_arq%3D8366+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)> .

orgânicos e 8,3 toneladas de resíduos recicláveis eram gerados diariamente, ocasionando problemas como o transbordamento de lixo nas lixeiras tradicionais, contaminação e mal-estar social. Conforme observado, o município se responsabiliza coleta e destinação final dos RSU, enquanto a coleta e destinação dos resíduos de construção civil são delegados a unidades de produção e empresas privadas.<sup>13</sup>

Semelhante ao modelo de Portugal e de Barcelona mencionado anteriormente, a coleta ocorre pela separação dos resíduos pelo tipo de material. Nos locais de coleta estão lixeiras de aço inoxidável interligadas por rede subterrânea, seus containers são esvaziados periodicamente e os materiais recicláveis entregues às cooperativas filiadas garantindo, por exemplo, melhoras no armazenamento dos resíduos.

Além disso, extinguiu-se o risco de comprometimento das lixeiras em razão da chuva ou de animais. Otimizou-se a separação e a destinação dos resíduos, reduziu-se custos relativos à mão de obra e caminhões e a proliferação de pragas urbanas. Em 2018, dos custos relativos à gestão do lixo, reduziu-se aproximadamente 4 milhões de reais mensais, de modo que mais de 25 pares de lixeiras foram instaladas e, segundo os Indicadores de Satisfação dos Serviços Públicos (INDSAT) realizado pela cidade, 74% da população considera os serviços de coleta como ótimo ou bom.

Todavia, aplicações deste tipo muitas vezes são insuportáveis para alguns municípios. No caso de Paulínia, investiu-se cerca de 25 mil reais para instalação de cada container, sem contar os custos para adaptar as caçambas e os caminhões de coleta ao novo sistema. Outro ponto importante é o tamanho e quantidade dos containers que, dependendo da cidade, não suporta a quantidade de lixo gerada no local.

Ainda assim, da perspectiva social, ambiental e econômica, o projeto implementado em Paulínia foi considerado um sucesso. De fato, o implementado não poderia ser feito identicamente em outros municípios, pois, para verificar a aplicação de projetos inteligentes de gestão dos RSU é fundamental observar o desenvolvimento histórico e social do lugar. Paulínia possui alta taxa de urbanização, o maior PIB per capita do Brasil (em 2017), oferece boa condição de vida aos habitantes e seu crescimento demográfico foi acelerado.

Esses são alguns dos fatores que motivaram a discussão do desenvolvimento econômico sustentável. Privilegiada pela maior flexibilidade em desenvolver de políticas públicas e fomentar opiniões públicas sustentáveis, a cidade pode direcionar recursos para as pautas ambientais, utilizando a estratégia inteligente de usar TIC's por uma abordagem mais humana, isto é, social. Conectar o âmbito público com o privado, criar oportunidades para os indivíduos em situação de insalubridade ou desemprego, melhorar o bem-estar e o saneamento básico da população, são perspectivas inteligentes buscando soluções inteligentes para gerar resultados pertinentes.

13 COLOMBARI, Juliana Cristina. *A política nacional de resíduos sólidos e a sua concretização em Paulínia (SP)*. Dissertação de mestrado. UNICAMP, Campinas. 2014.

Portanto, é perceptível que as cidades inteligentes não são um conceito tecnológico ou casos isolados de governanças locais. Na verdade, trata-se de um fenômeno globalizado de busca pela harmonização entre o mundo material e o mundo virtual, interessado em enaltecer os atores que atuam nas cidades, respeitando suas características e vocações particulares. Uma cidade, por mais inovadora que seja, não será considerada inteligente se o uso das tecnologias não melhorarem a qualidade de vida de seus habitantes, ou seja, a função principal deste modelo é a social.

## Considerações Finais

Para realização do presente artigo, primeiro se discorreu sobre como a urbanização afeta o meio ambiente. O consumo em massa é intrínseco ao modelo econômico adotado, adotar o capitalismo é estar ciente da imensa quantidade de resíduos que serão gerados todos os dias. Refletir como será possível conciliar o desenvolvimento urbano com o meio ambiente é, de longe, a pauta mais importante entre as discutidas pela opinião pública, pois, sem o desenvolvimento sustentável a vida humana será extinta rapidamente.

Neste rumo, foram apresentados dados que demonstram o relacionamento do Brasil com o meio ambiente. Do observado, a situação é alarmante, ainda que notícias recentes apontem pela melhoria dos serviços públicos de descarte de resíduos sólidos urbanos, é longo o caminho antes de ser considerada satisfatória. Legislativamente, existem previsões constitucionais em prol do meio ambiente ecologicamente equilibrado, normas infraconstitucionais estaduais e municipais, que preveem a responsabilidade do poder público de garanti-lo.

As políticas nacionais exigem que entes federativos atuem neste sentido, cobrando planos anuais de promoção de políticas públicas em conformidade com as diretrizes constitucionais e internacionais dos acordos ratificados. Do ponto de vista municipal, o financiamento, falta de recursos e a relação precária do poder público com a sociedade, são os principais fatores para o cenário exposto, enquanto alguns ultrapassam o esperado, outros sequer possuem iniciativas de gestão dos resíduos.

O segundo capítulo trouxe algumas definições acerca das cidades inteligentes. Como são classificadas, a razão para isso e que tipo de inovações são criadas para otimizar relações públicas e a qualidade de vida de seus habitantes. Foram mencionados exemplos internacionais e nacionais de cidades marcadas pelo desenvolvimento tecnológico e social, criações inovadoras que infundem o mundo material com o mundo virtual.

Em seguida, a pesquisa se afinou para tratar das cidades que se tornaram inteligentes em razão da gestão de resíduos sólidos urbanos. Internacionalmente, Barcelona é símbolo de gerenciamento do lixo urbano, sistemas pneumáticos de descarte e de coleta seletiva trouxeram benefícios vitalícios que colocaram a cidades na 49ª posição no ranking do Smart City Index 2020.

Neste diapasão, foi mencionada também a cidade de Belo Horizonte, símbolo nacional de gestão integrada de resíduos sólidos, que apresentou melhorias salientes na economia, na sociedade e no meio ambiente.

Por fim, analisou-se mais profundamente o sistema subterrâneo de descarte e coleta de resíduos sólidos urbanos de Paulínia e seus resultados. De fato, o sistema trouxe benefícios inquestionáveis a cidade, a harmonização entre o poder público e a sociedade ocorreu inquestionavelmente. Todavia, como alegado, as características particulares de Paulínia, seu PIB, seu desenvolvimento histórico e rápida urbanização, possibilitou que esse projeto ocorresse sem maiores dificuldades financeiras e de interesse público. Portanto, a promoção de estratégias inteligentes, integralizadas e harmônicas entre o poder público e a sociedade solucionaria problemas de gestão pública sobre o descarte de resíduos sólidos, bem como fomentaria para maior educação ambiental do Brasil.

## Referências

BRIS, Arturo. **The world's best smart cities don't just adopt new technology: they make it work for people.** City Monitor, New Statesman Media Group. 2020.

COLOMBARI, Juliana Cristina. **A política nacional de resíduos sólidos e a sua concretização em Paulínia (SP).** Dissertação de mestrado. UNICAMP, Campinas. 2014.

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

BRASIL. Lei 12.305/2010. Política Nacional de Resíduos Sólidos.

CARAGLIU, Andrea. CHIARA, Del Bo. NIJKAMP, Peter. **Smart Cities in Europe.** 3rd Central European Conference on Regional Science. Košice. 2016.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2011.

FREEDMAN. David H. **How Medellín, Colombia, Became the World's Smartest City.** Newsweek Digital LLC, 2019.

GAMA, Mara. Brasil produz mais lixo, mas não avança em coleta seletiva. São Paulo: **Folha de São Paulo**, 2018.

MADAKAM, Somayya. RAMACHANDRAN, Ramaswamy. **Barcelona Smart City: The Heaven on Earth (Internet of Things: Technological God).** National Institute of Industrial Engineering, India. 2015.

SANTOS, Arthur S. G.; SANTOS, Gabriel S.; MENTEN, Guilherme S. **Projeto conceitual de um sistema de coleta pneumática de resíduos sólidos.** Universidade de São Paulo, São Paulo. 2014.

# **DIREITOS HUMANOS, OPINIÕES VOLÁTEIS, FAKE NEWS, RESPONSABILIDADE CIVIL, SOCIAL E AMBIENTAL: BREVE ENSAIO SOBRE A RESPONSABILIDADE SOCIAL E AMBIENTAL UMA ANÁLISE DA CERTIFICAÇÃO B CORP COMO ESPERANÇA AO TBL**

**Eder Raunaimer Monfre**

Analista de Sistemas, Cientista da Computação, Matemático e Acadêmico de Direito,  
Centro universitário Carlos Drummond de Andrade

## **Resumo:**

Uma empresa com responsabilidade social e ambiental visa o bem-estar de todos, ela se preocupa com a proteção ao meio ambiente e com a vida das pessoas com quem mantém relações diretas e indiretas, disso baseia-se conceito do Tripple Bottom Line, também conhecido por 3Ps – People, Planet and Profit ou TBL. Fortalecendo esse movimento e servindo de esperança as ações da TBL, um dos movimentos que tem tido grande crescimento é o sistema B Corporation, com essa ideia em alta, e com a busca das empresas pela certificação B Corp, empresas e empreendimentos buscam tornar contemporânea sua ação no mercado e sociedade, seguindo a tendência para um futuro próximo de que o consumidor se tornará cada vez mais responsável, exigindo conhecer o impacto econômico, social e ambiental e fazendo com que a administração de empresas seja repensada de forma a atender as questões socioambientais.

**Palavras-chave:** TBL; SER; Certificação B Corp; Responsabilidade Social e Ambiental.

## **Introdução**

Uma empresa com responsabilidade social e ambiental visa o bem-estar de todos, tanto dos colaboradores, quanto o das pessoas que compram seus produtos ou contratam seus serviços, sua preocupação vai além da geração de lucro para os acionistas, para ela o sucesso ou o fracasso nas metas de sustentabilidade não podem ser medidos apenas em termos de lucros e perdas, também deve ser medido em termos do bem-estar de bilhões de pessoas e da



saúde de nosso planeta.

Ela se preocupa com a proteção ao meio ambiente e com a vida das pessoas com quem mantém relações diretas e indiretas, disso tem-se que o conceito do Tripple Bottom Line, também conhecido por 3Ps – People, Planet and Profit ou TBL, o conceito de TBL visa estabelecer nas organizações, sustentabilidade econômica (gerar lucros), sustentabilidade ambiental (proteger o meio ambiente) e sustentabilidade social (melhorar a vida dos cidadãos) (SAVITZ & WEBER, 2007).

Outro conceito muito utilizado e mais amplo é o de RSE (Responsabilidade Social Empresarial), nele um conjunto de iniciativas pelo quais os empresários buscam voluntariamente integrar considerações de natureza ética, ambiental e social visando não somente o ambiente interno na empresa como também se preocupam com os impactos negativos dela na comunidade local.

Para entender melhor o conceito de RSE, Carroll (1999) propõe uma subdivisão na RSE nas esferas econômica, legal, ética e discricionária (filantrópica), desenvolvendo a Pirâmide de Carroll como é conhecida. Nela é apresentado diferentes níveis de responsabilidade visando expor o nível de responsabilidade das empresas, esta responsabilidade e potencialidade de atuar em problemas sociais e criar uma nova consciência no modo de consumo e produção fica mais evidenciada entre empresas de bens de consumo, que têm contato direto com o consumidor.

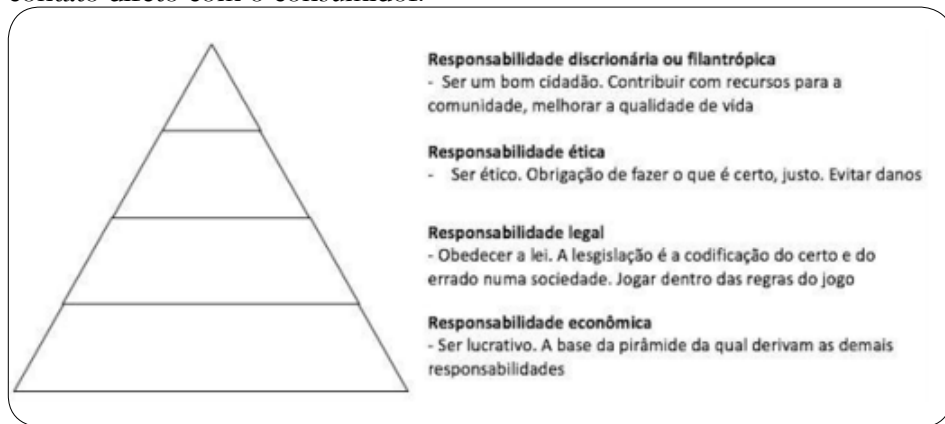


Figura 1

A figura acima apresenta como base da pirâmide a responsabilidade econômica, que é essencial para que os demais níveis sejam viáveis à empresa. Na visão de Carroll (1999), a empresa tem que ser antes de tudo rentável. Assim, a responsabilidade econômica são as obrigações financeiras da empresa, de maneira que esta seja produtiva e lucrativa. Já a responsabilidade legal corresponde às expectativas da sociedade do cumprimento das normais legais vigentes. O autor agrupa a responsabilidade legal junto à responsabilidade econômica, pois caso não sejam cumpridas, a empresa não estará legalmente apta

para atuar no mercado. Assim, as empresas têm como obrigação atenderem aos dois primeiros níveis: econômico e legal (MACHADO FILHO, 2006).

O conceito de Performance Social Corporativa, em inglês Corporate social performance (CSP), está bastante relacionado ao conceito RSC e seus correlatos, no geral a CSP busca suprir a necessidade de mensuração tanto de RSC quanto de sustentabilidade empresarial.

Carrol também aborda o modelo tridimensional de CSP, como mostra a figura 2, que versa sobre: definição de responsabilidade social, econômica, ética e discricionária, 2 questões sociais envolvidas, diferentes para cada segmento e organização e 3 filosofia de resposta social reativa, defensiva, acomodada e proativa.

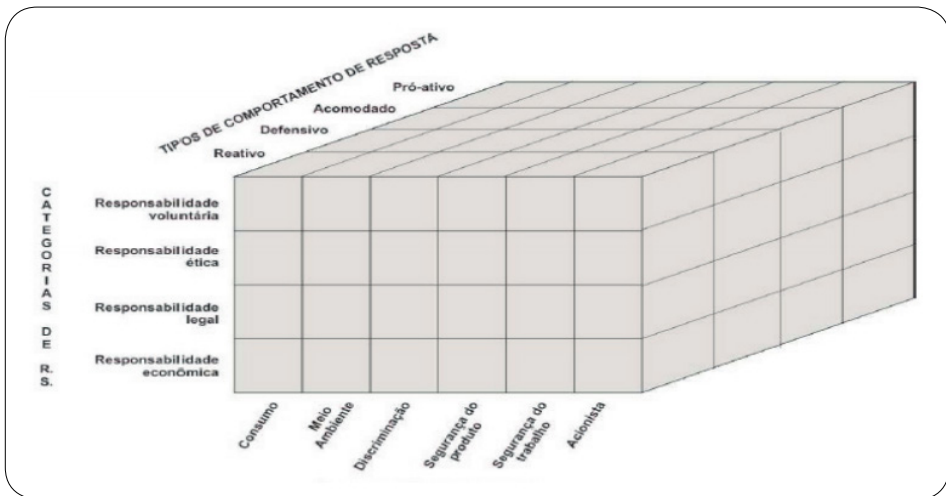


Figura 2

A figura acima podemos ver que a primeira dimensão diz respeito às categorias de RSE, que estão relacionadas às responsabilidades ou obrigações do negócio. Situa-se aí a responsabilidade econômica, em que a empresa tem a necessidade de oferecer ao seu público produtos e serviços adequados e garantir o retorno financeiro a acionistas, sócios, fornecedores, funcionários e parceiros. Há, também, a responsabilidade legal, que determina que as leis e regulamentações formam a estrutura legal sobre a qual se espera que os negócios operem. A responsabilidade ética, por sua vez, considerada como a mais difícil de ser trabalhada e praticada nos negócios, implica a análise e reflexão ética na tomada de decisões na empresa. E a responsabilidade discricionária aborda os atos voluntários e que ficam por conta do julgamento individual dos gestores da organização.

a) Reativa – a empresa responde a uma questão social depois que ela tem seus objetivos ameaçados, ou seja, depois que algum problema interfere em seu efetivo funcionamento;

b) Defensiva – a empresa age para se proteger ou se defender de um desafio ou problema;

c) Acomodativa – a empresa alinha-se às exigências do governo ou da opinião pública;

d) Proativa – a empresa antecipa exigências que ainda não foram feitas. Como pontua o autor, enfoques antes tidos em separado, como as formas de resposta social, as categorias e os focos de análise da empresa, foram colocados em conjunto, conforme três dimensões de uma mesma abordagem. O modelo foi sugerido para ser utilizado principalmente na área acadêmica, como uma base conceitual; no entanto, pode ser considerado um mecanismo para apreciação do entendimento dos stakeholders sobre determinadas questões ou atuação social de dada organização.

O modelo de Carroll (1979) serviu de base para a construção de muitos outros ao longo do desenvolvimento da RSE, conforme já especificado.

O nascimento da então esperança ao TBL começou em 2007 nos Estados Unidos tendo em sua essência, a aplicação de conceitos relacionados tanto à responsabilidade socioambiental quanto ao hibridismo corporativo, com isso o objetivo do movimento é estimular um tipo diferente de organização, que busca padrões rigorosos de desempenho social e ambiental, responsabilidade e transparência (RODRIGUES, 2016).

Através de parcerias locais e regionais, o movimento tornou-se global e hoje já está em mais de 50 países e mais de 2.000 empresas (B CORPORATION, 2015).

Seu início se deu pela criação do B-Lab, organização norte-americana sem fins lucrativos, a qual tem como objetivo usar modelos e a força dos negócios para resolução de problemas sociais e ambientais (B CORPORATION, 2015; WILBRUN & WILBURN, 2014).

Desde então teve importante papel quanto a “[...] viabilização de um novo modelo legal de organização, a Benefit Corporation, que inclui os interesses coletivos sob a lei tradicional de fins lucrativos.” (RODRIGUES, 2016, p. 73).

Atualmente o movimento atua em três frentes: legislação, certificação e investimento de impacto (COMINI et al., 2014). A legislação contempla a criação de um novo modelo de empresas com alto padrão de propósito, transparência na prestação de contas e geração de valor compartilhado. Trata-se, por tanto, na construção de um novo modelo de gestão empresarial nos Estados Unidos (RODRIGUES, 2016)

A certificação de empresas tem o intuito de

[...] estabelecer padrões comuns e distinguir empresas comprometidas com a responsabilidade socioambiental, daquelas que utilizam o tema apenas como mecanismo de promoção de marketing (Certificação B Corporation ou B Corp) e criar uma comunidade de empresas do bem. São empresas certificadas quem mantém o foco na geração de lucro, mas buscam também gerar impactos sociais mensuráveis e

verificáveis por meio de avaliação de impacto (B-Impact Assessment). (RODRIGUES, 2016, p. 73)

Atualmente no Brasil, o Movimento B-Corp é composto por três agentes (RODRIGUES, 2016):

1. B-Lab Organização sem fins lucrativos responsável pelo Movimento B Corp. Localizada nos Estados Unidos, é o órgão que concede a certificação B Corp mundial, além de benefícios e informações para investimento de impacto (BAnalytics). Nos Estados Unidos, atua na defesa de interesses do movimento.
2. Sistema B Organização sem fins lucrativos que representa o movimento na América do Sul, considerada como parceira internacional do B-Lab. Com sede no Chile, possui outras filiais no Brasil, Argentina e Colômbia. Sua função é relacionar-se com o B-Lab e empresas locais, fomentando o movimento e o ecossistema B (relacionamento com stakeholders). Nas unidades nacionais, ou seja, em cada país, tem-se a função de desenvolvimento e defesa de políticas públicas.
3. Empresas B: empresas certificadas B Corp, Empresas com fins lucrativos e fins socioambientais que utilizam o selo B Corp; Tem sua performance socioambiental mensurada e comprovada pelo processo de avaliação (B-Impact Assessment) e que atendem a todos os requisitos da concessão e certificação B-Corp.

Fortalecendo esse movimento de responsabilidade social e ambiental e servindo de esperança as ações da TBL, um dos movimentos que tem tido grande crescimento é o sistema B Corporation além do destaque na mídia como um todo, o Movimento B Corporation ou movimento B Corp já está presente em mais de 50 países, contemplando um total de mais de 2.000 empresas.

Após a certificação a empresa torna-se membro da comunidade B Corp global, de modo que certificado adquirido permite que as empresas possam não só declarar que são éticas e sustentáveis (nas três esferas), como também provar o comprometimento com essas práticas e valores por meio de uma organização certificadora independente. Nesse sentido, a Declaração de Interdependência reafirma esse compromisso firmado entre a empresa e o movimento (WILBURN & WILBURN, 2014).

Após a certificação cabem também recursos legais a serem tomados:

No Brasil, os documentos legais de constituição da organização certificada B Corp devem receber a inclusão de duas cláusulas específicas. Trata-se do Estatuto Social, no caso de sociedades em ações e entidades sem fins lucrativos, ou do Contrato Social, utilizado pelas demais sociedades, segundo a lei 10406/2002, que instituiu o novo Código Civil. As cláusulas do contrato social identificam a empresa, sua qualificação, tipo jurídico, denominação, localização, objeto social, etc. Seu conteúdo disciplina o relacionamento interno e externo da

organização, atribuindo identidade ao empreendimento. A inclusão dessas cláusulas que configuram a busca do 17º valor compartilhado, além de seu caráter simbólico, representa as obrigações legais da companhia, registradas e disponíveis publicamente nas Juntas Comerciais dos estados brasileiros, formalizando legalmente o caráter híbrido da empresa na aproximação dos objetivos sociais aos financeiros. (RODRIGUES, 2016, p. 79)

Todas as Empresas B medem seu impacto socioambiental e se comprometem de forma pessoal, institucional e legal a tomar decisões considerando as consequências de suas ações na comunidade e no meio ambiente, no longo prazo. Assumem com responsabilidade e orgulho que pertencem a este movimento global de empresas que querem fazer mudanças usando a força do mercado para solucionar problemas sociais e ambientais.

Esse novo tipo de empresa aumenta o dever fiduciário de seus acionistas e gestores em seus estatutos incorporando interesses não financeiros de longo prazo, cumprindo o compromisso de melhorar seus impactos socioambientais de forma contínua e operando com altos padrões de desempenho e transparência. A Empresa B deseja ser a melhor empresa PARA o mundo e não só DO mundo.

Como se avalia uma Empresa B:



Figura 3

As empresas que se certificam NÃO são perfeitas, mas assumem um

compromisso de melhoria contínua e colocam o propósito empresarial no cerne de seu modelo de negócio. Além disso, as ações da empresa são consideradas em cinco áreas: Governança, Trabalhadores, Clientes, Comunidade e Meio ambiente.

Essa certificação é uma revisão detalhada de todas as áreas de sua empresa. Seu intuito é ajudar a identificar todas as possíveis áreas de melhoria e oportunidades para ser um agente de mudança na economia, protegendo a missão e potencializando o triplo impacto positivo. A certificação é entregue pelo B Lab, uma entidade sem fins lucrativos dos Estados Unidos.

A Empresa B:

1. Compromete-se a criar impacto positivo na sociedade e no meio ambiente: **Propósito**

2. Aumentar o dever fiduciário de acionistas e gestores incluindo interesses não financeiros: **Mudança de Estatutos**

3. Compromete-se a operar com altos padrões de gestão e transparência: **Certificação**

4. Forma parte de uma Comunidade: **Declaração de Interdependência**

Um exemplo de case brasileiro de sucesso é a empresa Natura que desde 2014 é uma das maiores empresas certificadas mundialmente e a maior empresa brasileira a ter a certificação B, o objetivo principal deste movimento é transformar a lógica tradicional das empresas de maximização de lucro em uma lógica voltada para o bem-estar global, quando uma empresa recebe o selo 'B', ela concorda com valores como interdependência, cuidado, inovação, co-construção, paixão e diversidade.

## Conclusão

Com a ideia de responsabilidade social e ambiental em alta, e com a busca das empresas pela certificação B Corp, empresas e empreendimentos buscam tornar-se contemporânea sua ação no mercado e sociedade, dessa forma é necessário enfrentar os enormes e complexos problemas que o planeta enfrenta com uso dos sistemas atuais, nós somos constantemente lembrados da famosa frase de Albert Einstein “*Nós não podemos resolver um problema, com o mesmo estado mental que o criou*”, seguindo a tendência para um futuro próximo de que o consumidor se tornará cada vez mais responsável, exigindo conhecer o impacto econômico, social e ambiental e fazendo com que a administração de empresas seja repensada de forma a atender as questões socioambientais.

## Referências

CARROLL, A. B. **The Pyramid of Corporate Social Responsibility: Toward the Moral Management of Organizational Stakeholders**. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/4883660\\_The\\_Pyramid\\_of\\_Corporate\\_Social\\_Responsibility\\_Toward\\_the\\_Moral\\_Management\\_of\\_Organizational\\_Stakeholders](https://www.researchgate.net/publication/4883660_The_Pyramid_of_Corporate_Social_Responsibility_Toward_the_Moral_Management_of_Organizational_Stakeholders)

Acesso em: 17 Mai. 2020

CARROLL, A. B. **A three-dimensional conceptual model of corporate performance**, Academy of Management Review, 4, 497-505, 1979. A Three-Dimensional Conceptual Model of Corporate Performance | Academy of Management Review (aom.org)

\_\_\_\_\_. **Corporate Social Responsibility: Evolution of a Definitional Construct**. Business & Society. 1999;38(3):268-295. doi:10.1177/000765039903800303. Corporate Social Responsibility: Evolution of a Definitional Construct - Archie B. Carroll, 1999 (sagepub.com)

ELKINGTON, John. **Sustentabilidade – Canibais com garfo e faca: O livro do conceito Triple Bottom Line**. São Paulo: M Books, 2001. 488 p

KATHLEEN WILBURN, RALPH WILBURN. **The double bottom line: Profit and social benefit**, Business Horizons, Volume 57, Issue 1, 2014, Pages 11-20, ISSN 0007-6813, <https://doi.org/10.1016/j.bushor.2013.10.001>. (<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0007681313001729>)

B-ANALYTICS. **Global Impact Investing Rating System**. Disponível em: <https://b-analytics.net/giirs-funds> . Acesso em: 20 Mai. 2020

SISTEMA B. Disponível em: <https://sistemab.org/>. Acesso em: 17 Mai. 2020

SISTEMA B. Disponível em: <http://sistemab.org/br/como-possa-aderir-empresab/> Acesso em: 17 Mai. 2020

B CORPORATION. B-Lab. Disponível em: <https://bcorporation.net/> Acesso em: 20 Mai. 2020

MACHADO FILHO, Claudio Pinheiro. **Responsabilidade social e governança: o debate e as implicações**. São Paulo: Pioneira Thomson, 2006. 172 p.

RODRIGUES, Juliana. **O movimento B Corp: significados, potencialidades e desafios**. 2016. Dissertação (Mestrado em Administração) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. doi:10.11606/D.12.2017.tde-19122016-152403. Acesso em: 2020-11-21.

RODRIGUES, Juliana. **O movimento B Corp: significados, potencialidades e desafios**. 2016. Dissertação (Mestrado em Administração) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-19122016-152403/pt-br.php> . Acesso em: 10 Mai. 2020

SAVITZ, Andrew W. WEBER, Karl. **A empresa sustentável: o verdadeiro sucesso é o lucro com responsabilidade social e ambiental**. Editora Elsevier, 1 Edição 2007, Tradutor: Afonso Celso da Cunha Serra.

# A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AUTORES DE FAKE NEWS DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19

**Thais Popets Alves**

Advogada formada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie - Campinas/SP

## Resumo:

Durante a pandemia do covid-19 há uma propagação de notícias de maneira rápida sem que saibam se realmente são verdadeiras, causando danos nocivos e até letais a saúde da população. Notícias como índices de contágio, prevenção e cura são alvos de *fake news*, as quais são especialmente propagadas pelo aplicativo *whatsapp*. Essa criação e compartilhamento de notícias falsas causam um desserviço a sociedade, pois apesar da população ter o direito de acesso à informações, estas acabam sendo induzidas a erro. Portanto, é importante o debate acerca do tema, pois diz respeito a uma questão de saúde pública, pois as *fake news* desviam a atenção e a adesão dos cidadãos as medidas de prevenção de contágio do vírus. Desta forma, visto que o direito à informação é um Direito Fundamental insculpido na Constituição Federal e para o mundo integra o rol dos Direitos Humanos o presente trabalho se objetiva analisar a responsabilidade civil desses autores como meio de mitigar as chamadas *fake news*.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil; Fake News; Covid-19; Direitos Humanos.

## Introdução

No Brasil, o primeiro caso suspeito de Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus 2 (SARS-Cov2), mais conhecido pela sigla COVID-19, foi notificado em 22 de janeiro de 2020, sendo após quatro dias confirmado. Desde então, os casos começaram a se multiplicar, levando o Brasil, assim como outros países a adotarem o isolamento social como medida de contenção do avanço da doença.

Considerando a incerteza quanto aos efeitos, causas e tratamento da doença, começaram por conseguinte, a surgirem uma série de especulações a respeito do novo vírus.

Essas inúmeras especulações, levaram a disseminação do que se chama atualmente de *fake news* ou notícias falsas, que se trata de notícias produzidas



de forma inverossímil propagada principalmente através das redes sociais.

Em pesquisa desenvolvida pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) mostra que 73,7% das informações e notícias falsas sobre o novo coronavírus circularam pelo aplicativo de troca de mensagens WhatsApp. Outros 10,5% foram publicadas no Instagram e 15,8% no Facebook.

Alguns dos exemplos mais comuns de fake news disseminadas durante a pandemia do Covid-19 segundo o Banco de Dados do Ministério da Saúde, são: (Brasil, 2020)

NOTICIA	CONTRA-ARGUMENTAÇÃO
Beber muita água e fazer gargarejo com água morna, sal e vinagre previne coronavírus	Até o momento, não há evidência de nenhum medicamento, substância, vitamina, alimento, muito menos beber muita água e fazer gargarejo com estas substâncias para prevenir a infecção pelo coronavírus (COVID-19).
Novo Coronavirus veio de morcegos e cobras	De acordo com a OMS (Organização Mundial de Saúde) não há nenhum estudo que comprove que o novo coronavirus veio dos animais.
Coronavirus morre em temperatura acima de 36° C.	De acordo com a OMS não há nenhum estudo que comprove a disseminação do vírus em temperaturas mais altas.
Receitas caseiras de álcool em gel	A recomendação é que não seja produzido álcool em gel caseiro, podendo até mesmo ser prejudicial a saúde.
Uso de máscaras pode matar por “hipóxia” (deficiência de oxigênio)	De acordo com médicos a máscara não é um circuito fechado, permitindo que o oxigênio passe

Deste modo, se entende que a propagação de tais notícias falsas englobam desde especulações acerca de como se originou o vírus até formas de tratamento da doença, gerando portanto, o fenômeno conhecido como infodemia, ou seja, um excesso de informações que chegando ao conhecimento da população poderá causar um grave dano aqueles que acreditam no que estão lendo.

Quanto aos autores dessas notícias falsas, tem-se que vão desde pessoas que por algum motivo político acabam propagando notícias falsas para se beneficiarem até os famosos “*jokers*” que são aqueles que apenas querem brincar com determinado fato ou pessoas que se passam por autoridades competentes a fim de gerarem tumulto ou fazerem crer que determinada mensagem é verdadeira. Por fim, mas podendo ser os autores mais importantes, têm-se os amigos e familiares que através de grupos de *whatsapp* ou outros aplicativos de mensagem acabam por confiar na notícia recebida por seu ente e repassam a outras pessoas, que repassam novamente a outras pessoas e acabam ocasionando uma cadeia de desinformação.

Nesse sentido, a propagação das *fake news*, causam um desserviço à po-

pulação na medida que ao invés de informarem, induzem pessoas ao erro, podendo levar até mesmo a morte destas, se tratando assim de uma questão de saúde pública, pois pode levar os cidadãos a deixarem de adotar as medidas preventivas e os cuidados estabelecidos pela ciência.

Sendo assim, as fake news se relacionam diretamente com os Direitos Humanos, na medida em que são violados o Direito à saúde, disposto no artigo 196, bem como o Direito à vida disposto no artigo 5º, ambos esculpido na Constituição Federal Brasileira tal como demonstrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, conforme disposto no artigo 3º: “*Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.*”

Em notícia veicula na BBC News, no Irã a falta de informação sobre a doença tem levado a erros fatais. Na última semana, começaram a circular boatos de que o álcool poderia combater o vírus. Assim, como a venda e o consumo de bebidas alcóolicas é proibida no país as pessoas resolveram tomar álcool puro, usado para limpeza, ou bebidas contrabandeadas, ocasionando assim a morte de 40 iranianos por intoxicação causada pelo metanol.

É válido ressaltar, ainda, que com a propagação das *fake news* além de ferir o Direito à saúde e a vida, há a violação do Direito à liberdade de expressão, pois, apesar da própria Constituição Federal Brasileira em seu artigo 220 proteger a manifestação do pensamento, criação, expressão e informação, no caso de haver abuso deste Direito é possível a restrição e o pagamento de indenização pelos danos causados.

## **A Responsabilidade Civil**

Na definição de Caio Mário da Silva Pereira, a responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. “Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano”. (Tartuce, Flávio, pg. 51)

A responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas (Stolze, Filho, pg. 40).

Deste modo, tem-se jurisprudência uníssona dos Tribunais Brasileiros no sentido de condenação em danos morais e/ou materiais o agente propagador da notícia:

RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. OFENSA À HONRA DO AUTOR ATRAVÉS DE VÍDEO PUBLICADO NO YOUTUBE PELOS RÉUS. VEICULAÇÃO DE NOTÍCIA INVERÍDICA. AUSÊNCIA DE APURAÇÃO DO FATO AO QUAL SE DEU PUBLICIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL CONSTATADA. PRECEDENTE

DO STF. DANO MORAL CONFIGURADO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. No caso, o reclamante sustenta ter se ofendido com o vídeo publicado pelos reclamados (mov. 17.2), onde veicularam informações acerca de licitação municipal a ele atribuída, o que, à época da publicação do vídeo, não mais existia. 2. Da análise dos autos e do conteúdo reclamado, **denota-se que houve excesso na conduta dos reclamados ao veicularem notícia inverídica, espécie de fake news que acabou por prejudicar a imagem do reclamante perante a sociedade, conforme pontuou.** 3. **Veja-se que os acusados deixaram de averiguar a veracidade dos fatos que publicaram,** mormente se considerando que sequer compareceram à audiência pública organizada pelo autor após o cancelamento da licitação, cuja circunstância era de conhecimento dos réus. Aliás, é pertinente ressaltar que a **liberdade de imprensa não constitui direito absoluto, cabendo responsabilização àquele que dissemina conteúdo falso, prerrogativa não alcançada pelo direito de informar. A respeito: “A divulgação deliberada de uma notícia falsa, em detrimento de outrem, não constitui direito fundamental do emissor. Os veículos de comunicação têm o dever de apurar, com boa-fé e dentro dos critérios de razoabilidade, a correção do fato ao qual darão publicidade.”** (STF – Rcl: 18638 CE, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 17/09/2014, Data de Publicação: DJe – 182 DIVULG 18/09/2014 PUBLIC 19/09/2014) 4. **Destarte, cabível o acolhimento do pleito de retirada do vídeo em questão do ar, caso ainda permaneça, bem como a condenação solidária dos reclamados em indenização por danos morais.** 5. **No que concerne ao quantum, considerando as peculiaridades do caso concreto, tendo em vista que o autor é pessoa pública no Município de Paçandu e teve sua esfera personalíssima atingida através das declarações dos réus, o que se deu através de disseminação de conteúdo em canal de grande circulação (YouTube), fixo o quantum de R\$ 5.000,00 a título de danos morais,** suficiente para atender o caráter punitivo e ressarcitório da indenização. 6. O valor arbitrado deve ser corrigido monetariamente pela média do INPC/IGPD-I a partir deste julgamento e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir do evento danoso, nos termos do Enunciado nº 1 b da Turma Recursal Plena. (TJPR - 5ª Turma Recursal dos Juizados Especiais - 0013855-44.2018.8.16.0018 - Maringá - Rel.: Juíza Manuela Tallão Benke - J. 20.04.2020)

Logo, a responsabilidade pode ser de dois modos: subjetiva, devendo haver a comprovação do elemento culpa em sentido *lato sensu* na conduta praticada ou objetiva, não havendo a necessidade de comprovação da culpa que se torna presumida.

O Código Civil Brasileiro não tratou especificamente da responsabilização civil na matéria eletrônica, mas algumas disposições adaptam-se perfeitamente nas questões jurídicas referentes à Internet (Paesani, Pg. 74)

Segundo o Superior Tribunal de Justiça são civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor

do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação. (Súmula n. 221 do STJ)

Cite-se, ainda, o conteúdo do Enunciado n. 37 da *I Jornada de Direito Civil*, segundo o qual “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”. (TARTUCE, Flávio, pg. 1418)

Assim, no que diz respeito ao eventual dever de indenizar que decorre de condutas praticadas no ambiente virtual, Tartuce entende que há a responsabilidade objetiva, retirada do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, por oferecer o mundo digital uma série de riscos aos usuários. Entendendo da mesma forma, Guilherme Magalhães Martins o qual pontua que, “mesmo nas relações privadas que não sejam de consumo, regidas pelo Código Civil, em muitos casos a atividade habitualmente desenvolvida é capaz por si só de ocasionar a responsabilidade por risco da atividade, nos termos do parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

Logo, dão causa a risco de danos a terceiros, aproximando-se sensivelmente do regime de responsabilidade por danos impostos aos fornecedores de serviço do Código de Defesa do Consumidor”. (TARTUCE, Flávio, pg. 1419)

Entretanto, mesmo com essa forte posição, sempre houve duras resistências a respeito dessa aplicação na doutrina nacional, como o posicionamento de Marcel Leonardí, para quem “as atividades dos provedores de serviços de Internet não podem ser consideradas atividades de risco, nem atividades econômicas perigosas”, ou seja, não pode ser responsabilizado o objetivamente o veículo que propagou a notícia falsa.

Entretanto, fazendo uma comparação importante, geralmente encontrada em obras sobre o tema, o sistema europeu traz conclusão totalmente diversa, afastando-se da configuração da atividade de ativo. Isso diante da Diretriz Europeia n. 00/31, a respeito da contratação eletrônica. O preceito consagra a *ausência de um dever geral de vigilância*, prevendo que os prestadores intermediários de serviços em rede não estão sujeitos a uma obrigação geral de verificar as informações que transmitem ou armazenam ou de investigar eventuais ilícitos praticados nos seus ambientes. Desse modo, no sistema europeu, não há que falar em responsabilidade objetiva dos sítios, mas apenas de uma responsabilização fundada na culpa.

Entretanto, o panorama jurídico alterou-se com a emergência da Lei n. 12.965, de abril de 2014, o tão citado e criticado *Marco Civil da Internet*. De acordo com o art. 18 da nova norma, o provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Em complemento, estabelece o seu art. 19 que, com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu

serviço, e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente. Isso, ressalvadas as disposições legais em contrário. (TARTUCE, Flávio, pg. 1427)

Como desenvolvido, a responsabilidade civil dos provedores de internet por atos de terceiros está restrita às hipóteses em que há desobediência à ordem judicial, o que conduz a uma *responsabilidade subjetiva agravada*, que raramente gera o dever de indenizar dessas empresas que atuam no setor. Assim, como antes destacado, a responsabilidade civil acaba recaindo sobre as próprias pessoas que realizam as postagens ofensivas, respondendo elas por ato próprio e estando sujeitas aos preceitos gerais previstos no Código Civil, especialmente os seus arts. 186, 187 e 927. (TARTUCE, Flávio, pg. 1436)

Em casos tais, entendo que o compartilhamento gera a responsabilização civil solidária de todos os envolvidos no ato de espalhar o conteúdo, presente a coautoria mencionada no art. 942 do Código Civil. Sendo identificado o autor inicial da postagem ou qualquer um dos envolvidos com a sua difusão, poderá a vítima demandar qualquer um deles. Concluindo desse modo, Julgado do Tribunal do Estado de São Paulo:

o compartilhamento de matérias e fotografias nada mais é do que uma forma de publicação, qualificando-se apenas pelo fato de que seu conteúdo, no todo ou em parte, é extraído de outra publicação já existente. Quem compartilha também contribui para a disseminação de conteúdos pela rede social, devendo, portanto, responder pelos danos causados. Dano moral caracterizado. Responsabilidade solidária de quem publicou e compartilhou a matéria, com exclusão da provedora de hospedagem, que responde apenas pela obrigação de fazer (TJSP, Apelação 1024293-40.2016.8.26.0007, Acórdão 11104350, 2.ª Câmara de Direito Privado, São Paulo, Rel. Des. Giffoni Ferreira, j. 12.01.2018, DJESP 24.01.2018, p. 4.592). (TARTUCE, Flávio, pg. 1443)

Assim, a divulgação de “*Fake News*” não é apenas responsabilidade daquele que a criou, mas também daquele que a propagou sem verificar com precisão a veracidade daquilo que divulga. Aliás, o mero compartilhamento de uma *Fake News* pode resultar a quem compartilhou a obrigação de um pagamento de indenização à vítima da mentira.

Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo, que registra o número de protocolo na internet (IP) dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de internet, sendo capaz por conseguinte, de encontrar o autor do fato.

No Brasil, a propagação de notícias falsas é algo que imergiu de uma forma tão grave no cotidiano da população que foi criado o Projeto de Lei (PLS 246/2018) que inclui as *fake news* entre as hipóteses de apresentação de

ação civil pública, ou seja, as notícias falsas podem ensejar um processo coletivo, entendendo afetar a coletividade e não apenas uma pessoa específica.

## Considerações Finais

Diante do exposto, é possível se verificar que as *fake news* ultrapassam o abuso a liberdade de expressão e atingem o a própria dignidade da pessoa humana, sendo que em meio a uma pandemia global causada pelo Covid-19 tais informações errôneas levam cidadãos a cometerem verdadeiros suicídios causados pela transmissão de informações inverossímeis.

Contudo, com base no art. 927 do Código Civil Brasileiro: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Portanto, deve se haver a responsabilização daquele propagador da notícia falsa que ocasionou qualquer tipo de dano a pessoa que foi induzida a um erro. Assim, é possível se verificar que a responsabilização poderá ser tanto do autor da notícia, como quem espalhou ela, caso seja impossível encontrar quem a originou.

Ainda, conforme exposto, é possível também que haja a responsabilização do provedor que propagou a notícia. Conforme estudo citado, o aplicativo *Whatsapp* é o mais comumente utilizado na propagação das *fake news* e pode assim ser condenado solidariamente com o autor da notícia, caso não respeite a ordem de retirada imediata da notícia respondendo assim todos com base na responsabilização subjetiva, sendo afastado a responsabilidade objetiva apenas aos casos de plataformas que se enquadram como provedores de serviços incidindo o Código de Defesa do Consumidor.

No caso do *Whatsapp* que conforme já mencionado é a plataforma mais comumente utilizada na pandemia para propagação das *fake news*, esta por não se enquadrar como produto, pois não há qualquer serviço pago veiculado a sua rede, apenas terá a responsabilidade subjetiva enquanto em contrapartida caso a notícia veiculada esteja em outras redes sociais, tais como: *instagram* e *facebook*, estes podem ser enquadrados como provedores de serviços, pois o *facebook* por meio de seus anúncios recebe remuneração e o *instagram* apesar de não possuir um sistema pago, se acreditarmos na teoria de uso e venda de dados pessoais, ambos podem ser enquadrados no Código de Defesa do Consumidor.

## Referências

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)

COGITARE. **Fake News no cenário da pandemia do Covid-19**. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cogitare/article/view/72627/pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

EXAME. **Fake news sobre coronavírus leva 44 pessoas à morte no Irã**. 2020. Disponível em: <https://exame.com/mundo/fake-news-sobre-coronavirus-leva-44-pessoas-a-morte-no-ira/>. Acesso em: 30 nov. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 5. 2010.

NEWS, Bbc. **Coronavirus: The seven types of people who start and spread viral misinformation**. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/blogs-trending-52474347>. Acesso em: 30 nov. 2020.

PAESANI, Liliana Minard. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 7ª Ed. 2014. Atlas.

STOLZE, Pablo Gagliano Rodolfo Pamplona Filho. **Responsabilidade Civil**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil: volume único I** - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

TEIXEIRA, Adriana. **Fake News contra a Vida: desinformação ameaça vacinação de combate febre amarela**. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/21972?mode=full>.

# A ÁGORA DA MODERNIDADE E OS NOVOS SOFISTAS: UMA ANÁLISE DO IMPACTO DAS FAKE NEWS NAS DEMOCRACIAS

**Matheus Duarte Silva Pinho**

Graduando na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo e na *Università Degli Studi di Camerino*

**Bruna dos Santos Leite da Silva**

Graduanda na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo

## Resumo:

O presente artigo objetiva analisar, com base na tríade filosófica-sociológica-psicológica, os aspectos do fenômeno das *fake news* e de sua propagação nas redes sociais. Embasado em tais aspectos, propõe-se discutir os impactos das notícias falsas nos sistemas democráticos e, conseqüentemente, na garantia dos direitos humanos no ambiente cibernético. Igualmente objetiva-se discutir e analisar os modelos de legislação existentes que visam regular as plataformas digitais, a proteção de dados e a propagação de informações falsas (Marco Civil da Internet (12.965 de 2014); Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709 de 2018) e Projeto de Lei 2.630/2020). Foram utilizados os métodos de dedução e de revisão bibliográfica, a fim de avançar a partir de uma análise geral dos levantamentos feitos por outro pesquisador, bem como o método indutivo e comparativo para elaborar as conclusões finais e comparar a legislação brasileira aplicada à regulação do ambiente cibernético.

**Palavras-chave:** *Fake News*; Lei Geral de Proteção de Dados; Marco Civil da Internet; Liberdade de expressão.

## Introdução

O presente artigo analisou as *fake news* sob uma perspectiva interdisciplinar com o objetivo de entender a motivação de sua vasta propagação. A análise a partir de uma perspectiva psicológica e sociológica objetiva uma avaliação acerca da real eficácia de algumas das legislações vigentes no Brasil e, principalmente, o estabelecimento de parâmetros eficazes no combate desse principal agente de desinformação.

Para estruturar o presente artigo, a metodologia escolhida dividiu-se em



dois momentos. No primeiro, foram aplicados os métodos dedutivo e revisão de bibliografia, a fim de avançar a partir de uma análise geral da base já estruturada ou questionada por outro pesquisador/autor e, no segundo momento, o método indutivo e comparativo para elaborar as conclusões finais e comparar a legislação brasileira aplicada à regulação do ambiente cibernético.

Isso posto, em um primeiro momento, será analisado alguns aspectos gerais das *fake news*, assim como suas possíveis definições. Posteriormente, a partir de uma análise bibliográfica, demonstrar-se-á que algumas medidas adotadas no combate de sua propagação são ineficazes e podem, inclusive, ter o efeito oposto. Por fim, far-se-á uma análise crítica do Marco Civil da Internet (12.965 de 2014); da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709 de 2018) e do Projeto de Lei 2.630/2020) com base em todo o arcabouço teórico trabalhado ao longo do artigo.

## Definição e Aspectos Gerais das *Fake News*

Preliminarmente, cabe questionar qual é a definição do objeto a ser analisado, ou seja, responder a pergunta: o que é o fenômeno das *fake news* e quais são suas principais características? Nesse sentido, Egelhofer e Lecheler<sup>1</sup> classificaram o fenômeno como bidimensional, pois pode ser tanto (i) gênero como (ii) instrumento.

Na acepção (i), a definição é dada por notícias que se caracterizam por um baixo grau de facticidade, formato jornalístico e a intenção de enganar. Essa intenção, é válido ressaltar, não é relacionada necessariamente com objetivos políticos ideológicos, pois pode almejar atingir outros fins, tais como o entretenimento ou a provocação<sup>2</sup>. Por outro lado, o significado (ii) representa uma utilização da conotação negativa associada ao termo *fake news* como uma estratégia argumentativa utilizada por políticos, principalmente, para deslegitimar qualquer notícia destinada a eles em cunho crítico. Desse modo, conclui-se que muito mais que um fenômeno isolado, o fenômeno sob análise envolve uma estratégia de ataque aos veículos de imprensa tradicionais<sup>3</sup>.

Vale ressaltar que as *fake news* constituem um fenômeno que extrapola a atualidade e que tem seu surgimento relacionado à veiculação de notícias. Não obstante seu surgimento não seja recente, ganhou novas dimensões de-

1 EGGLEHOFER, Jana Laura; LECHELER, Sophie. Fake News as a two-dimensional phenomenon: a framework and research agenda. In: **Annals of the International Communication Association**. vol. 43, n. 2, Pp.97-116, 2019, p. 98.

2 Humprecht, por exemplo, concluiu que as *fake News* são predominantemente focadas nos atores políticos nos Estados Unidos e Grã Bretanha, enquanto o tema dominante na Alemanha e Áustria é a questão dos refugiados. Frente aos dados obtidos o autor concluiu que o conteúdo das *fake News* está diretamente relacionado com as agendas domésticas de notícias. Ver: HUMPRECHT, Edda. Where “fake news” flourishes: a comparison across four Western democracies. In: **Information, Communication & Society Journal**, Vol. 22, pp. 1973-1988, 2019, *passim*.

3 ALBRIGHT, Jonathan. Welcome to the era of fake news. In: **Media and Communication**, vol. 5, pp. 87-89, 2017, *passim*.

vido à velocidade de propagação de dados, informações e notícias na internet e, principalmente, nas redes sociais. Em um ambiente sem barreiras, tal qual o virtual, onde as informações se propagam de modo veloz e sem a devida verificação, a lógica da censura parece ter sido invertida: inunda-se de informações irrelevantes ou falsas para que se perca a clareza do que realmente importa<sup>4</sup>.

Em uma sociedade caracterizada pelo virtual e pelo desenraizamento, investigar o verdadeiro em meio ao mar de inveracidades torna-se uma tarefa hercúlea, pois a liquidez da modernidade<sup>5</sup> tem direta relação com o desinteresse em se obter a verdade<sup>6</sup>. Ao passo que a mentira tem sua gênese ligada a uma pretensa certeza absoluta, a verdade nasce da dúvida e do constante questionamento<sup>7</sup>. O imediatismo, no entanto, não dá espaço à reflexão e, assim, a internet resulta em um ambiente que, em regra, se baseia em uma reprodução acrítica de informações a partir de textos simples e chamativos.

Além disso, a propagação das fake *news* encontra justificativa nas características dos ambientes nos quais estão inseridas as redes sociais. Análises recentes do Facebook e do Twitter indicam que a informação disponibilizada para os usuários é filtrada com base em opiniões previamente por eles curtidas ou compartilhadas<sup>8</sup>. A partir dessa estrutura dá-se o surgimento de dois fenômenos epistêmicos sociais relacionados e causadores do crescimento de separação ideológica: as “bolhas epistêmicas” e as “câmaras de eco”.

A “bolha epistêmica” caracteriza-se por ser uma estrutura na qual algumas opiniões são excluídas através processos ordinários de seleção social e formação de comunidade, pois seres humanos procuram manter contato com aqueles que possuem opiniões semelhantes e gostos similares. Não obstante, os algoritmos das redes sociais funcionam como uma espécie de filtro, ou seja, disponibiliza no *feed* do usuário apenas opiniões que corroboram com a sua visão de mundo.

Por outro lado, as “câmaras de eco” funcionam com o isolamento sistemático de seus integrantes de qualquer fonte exógena à essa câmara através do fornecimento de elementos no *feed* com base nas “curtidas” ou “compartilhamentos”. Com isso, cria-se uma dependência de fontes internas aprovadas

---

4 HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. 1ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 11.

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

6 Foucault, principalmente, analisa a questão da produção do conhecimento por meio do que denomina de *genealogia do poder*, de modo a destacar que a verdade tem uma história e, portanto, não é algo metafísico ou transcendente como pretendem outros pensadores. Trata-se, de tal modo, do estudo da representação e de como essa representação produz conhecimento através das relações sociais intrinsecamente relacionadas com o poder. O autor, em outros termos, retoma Nietzsche ao postular que não há verdade sem poder pois aquela é produzida através do “choque entre duas espadas”.

7 KUHN, Thomas S. **A estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perceptiva, 2017, *passim*.

8 NGUYEN, C. T. Echo chambers and epistemic bubbles. In: **Episteme**, vol. 17, n. 2, pp. 141-161, 2020, p. 142.

para adquirir informações, pois repudia-se tudo aquilo que é estranho àquela câmara.

Todo esse cenário adquire importância não como fenômeno isolado, mas em sua relação com os indivíduos. Com isso, faz-se preciso analisar alguns aspectos psicológicos que envolvem as *fake news* em tais ambientes dotados de homogeneidade informacional. O efeito de verdade ilusória causado deriva da repetição, mesmo que o indivíduo não se recorde de ter lido tal notícia<sup>9</sup> e, além disso, a magnitude desse efeito independe da habilidade cognitiva<sup>10</sup>. Frente a isso, poder-se-ia alegar que a solução seria advertir acerca da veracidade ou não de determinado dado nas plataformas virtuais, já que de tal modo não se estaria “censurando” e, ao mesmo tempo, evitar-se-ia uma propagação daquela notícia como verdadeira.

Não obstante, o efeito dos avisos sobre a veracidade de determinada notícia não afeta na propagação de tal notícia e, além disso, pode ter o efeito inverso, qual seja o de aumentar a propensão do indivíduo aceitar tal fato como verdadeiro<sup>11</sup>.

Frente a isso, as medidas de coibição pretendidas pelos governos muitas vezes ignoram pressupostos básicos da natureza humana e deixam-se levar por medidas que prometem resultados intuitivamente óbvios, mas que não possuem eficácia prática. Essa ponderação superficial realizada pelos poderes legislativos na busca de combater a propagação das *fake news* no ambiente virtual representa claramente a “guilhotina de Hume”<sup>12</sup>, já que confunde o “ser” com o “dever ser”.

As legislações, nesse caso aquelas desenvolvidas com o intuito de regular o uso da internet e, sobretudo, das redes sociais, não controla o comportamento do ser humano diretamente, mas somente quanto às consequências dos atos por esse praticados<sup>13</sup>. Em outras palavras, os indivíduos continuam livres para atuarem do modo que julgarem mais conveniente e vantajoso, pois a lei serve apenas como um incentivo para atuar de determinado modo. Smith, ao notar essa curiosa dinâmica tantas vezes ignoradas, escreveu que sobre o grande tabuleiro de xadrez da sociedade humana, cada peça tem seu

9 PENNYCOOK, G.; CANNON, T.D.; RAND, D.G. Prior Exposure Increases Perceived Accuracy of Fake News. In: **Journal of Experimental Psychology: General**. Vol. 147, n. 12, *passim*.

10 DE KEERSMAECKER, Jonas; DUNNING, David; PENNYCOOK, Gordon; RAND, David G.; SANCHEZ, Carmen; UNKELBACH, Christian; ROETS, Arne. Investigating the robustness of the illusory truth effect across individual differences in cognitive ability, need for cognitive closure, and cognitive style. In: **Personality and Social Psychology Bulletin**, vol. 46, n. 2, pp. 204-215, 2020, *passim*.

11 CLAYTON, Katherine et al. **Real solutions for fake news? Measuring the effectiveness of general warnings and fact-checking tags in reducing beliefs in false stories on social media**. Disponível em: <<https://www.dartmouth.edu/~nyhan/fake-news-solutions.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

12 HUDSON, W.D. (ed.). **The is-ought question: a collection of papers on the central problem in moral philosophy**. London: Palgrave Macmillan, 1969, p. 11-12.

13 MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2ªed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 5.

próprio princípio de movimentação, inteiramente diferente daquele que o legislador desejaria ter-lhe imprimido”<sup>14</sup>(tradução nossa).

## Fake News e a Legislação Brasileira

Para iniciar este tópico, em que brevemente será explorada a legislação brasileira acerca da regulação da *internet* e a sua relação com a propagação de *fake news*, é justo mencionar o brocardo ‘uma mentira contada mil vezes se torna verdade’, pois este retrata perfeitamente o ato de compartilhar conteúdo, seja ele verídico ou não, nas redes sociais.

Considerando a adoção pelo Brasil, por uma Constituição dogmática e prolixa, evidentemente que para passar às legislações específicas vigentes é necessário debater, inicialmente, como a informação inverídica ou a desinformação<sup>15</sup>, duas formas de desordem de informação que dialogam com as *fake news* no ambiente cibernético, atentam contra princípios constitucionais e direitos fundamentais.

A facilidade em se manifestar por meio das publicações e comentários em postagens na *internet* favoreceu para que cada vez mais as pessoas utilizem dessa ferramenta como um palco para a exposição de ideias e opiniões, atitude esta que está inserida dentro da liberdade de expressão, assegurada pela Constituição Federal. Entretanto, por vezes crimes são cometidos sob o pretexto de que as redes sociais e o ambiente cibernético são ‘terras de ninguém’ ou que apenas estão se utilizando da manifestação do pensamento.

Tratando-se especificamente dos discursos de ódios como desdobramentos das *fake news*, podemos dizer que são caracterizados como mensagens que tem o intuito de ratificar e legitimar preconceitos, sendo que os principais assuntos alvos destes discursos são relacionados: aos negros, a comunidade LGBTQIA+, as mulheres, os índios, as crenças religiosas e as divisões partidárias.

É válido lembrar que no Brasil, o chamado ‘kit gay’<sup>16</sup> nas escolas públicas circulou como *fake news* nas redes sociais, quando na realidade se tratava de uma cartilha para a educação sexual de crianças como forma de mitigar abusos sexuais em casa e no futuro. Outro episódio bastante conhecido é o discurso relacionado às cotas raciais para entrada no ensino superior, onde a fala busca incitar a violência e a negação da desigualdade social existente no

14 SMITH, Adam. The theory of moral sentiments. Indianapolis: Liberty Classics, 1982. p. 234.

15 Fake news overlaps with other information disorders, such as misinformation (false or misleading information) and disinformation (false information that is purposely spread to deceive people). BAUM, David; YOCHAI BENKLER, Matthew; *et al.* **The science of fake news.** Social Science Policy Forum. 8 MARCH 2018 • VOL 359 ISSUE 6380. Ver: <[https://www.researchgate.net/publication/323650280\\_The\\_science\\_of\\_fake\\_news](https://www.researchgate.net/publication/323650280_The_science_of_fake_news)>. Acesso em: 28 Out. 2020.

16 BRASIL DE FATO. **TSE confirma que “kit gay” nunca existiu e proíbe “fake news” de Bolsonaro.** Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2018/10/16/tse-confirma-que-kit-gay-nunca-existiu-e-proibe-fake-news-de-bolsonaro>>. Acesso em: 18 Out. 2020.

país. Ainda, há a liberdade de expressão, a qual pode ser exercida no meio digital igualmente, que pode ser relacionada com a liberdade de profissão, qual seja o jornalismo, mas matérias sensacionalistas e inverídicas atentam contra direitos fundamentais como a intimidade, a moral e a imagem.

Neste caso, por mais que a liberdade de expressão seja um direito assegurado constitucionalmente, o racismo, a homofobia, a incitação da violência e a difamação são atos criminosos, logo, não há direito fundamental que possa proteger alguém diante de uma ilegalidade.

Tendo em vista a função dos princípios<sup>17</sup>, quando há um debate envolvendo o acesso à informação e a manifestação do pensamento, para solucionar este dilema o princípio da proporcionalidade deve atuar a fim de analisar em que grau a supressão de um direito cominará na redução da lesão a outro direito.

Deste modo, ao mesmo tempo em que a *internet* possibilita a consolidação de direitos, a depender da notícia falsa que é veiculada, o Estado Democrático de Direito e o princípio da dignidade da pessoa humana podem ser colocados em risco, o que ressalta, ainda mais a necessidade de regular o ambiente cibernético e coibir estes riscos.

Aplicando este raciocínio para a atual discussão da vacinação contra o COVID-19, em que há um embate político tratado amplamente nas redes sociais e o discurso que se propaga gera a insegurança infundada em uma ou outra medida sanitária de segurança, além de causar a aversão ao desenvolvimento de vacinas, a depender da nacionalidade de quem a produz. O risco que a população corre com o bombardeio de informações falaciosas, ao mesmo tempo em que o número de mortes segue em aumento, torna-se evidente a instabilidade da segurança nacional originada pela *fake news*.

Portanto, assim como no espaço público material que reúne pessoas e atividades, em uma praça da cidade, por exemplo, a internet reunindo pessoas, informações e conhecimentos, também há de ser considerado um “espaço público”, apesar de “imaterial”. Logo, este espaço público digital deve dialogar com interesses públicos e privados da mesma forma que o espaço físico o faz. Em uma analogia, o acesso à praça de uma cidade ser um direito humano garantido, esse direito pode ser eventualmente cassado por algum distúrbio cuja solução requer toques de recolher, leis marciais ou regras que restringem a associação de pessoas e a liberdade de expressão. E estas exceções devem perdurar até que o distúrbio seja solucionado.

## Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965 de 2014)

Fazendo um paralelo com o mencionado acima, cabe pontuar como os

---

<sup>17</sup> Quanto aos princípios constitucionais, convém salientar a importância dos princípios para o arcabouço jurídico. José Afonso da Silva definiu-os como as ordenações que irradiam e imantam os sistemas de normas. Em síntese, os princípios são diretrizes, valores fundamentais basilares da ordem jurídica, que norteiam a interpretação e a integração dos dispositivos legais.

direitos humanos funcionam: temos um corpo de leis estabelecido pelo homem que representa as aspirações da humanidade segundo as quais, em princípio, cada ser humano pode realizar sua dignidade e autonomia. Os Estados são obrigados, de acordo com este corpo de leis, a aprovar mecanismos e políticas domésticas para efetivar esses direitos. Logo, um fundamento base do corpo de leis é o de que, mesmo sob o “manto sagrado” da autonomia e liberdade de expressão, os criadores de códigos e programação computacional e seus resultados não podem sobrepujar os valores fundamentais inerentes à pessoa humana, em especial a sua dignidade (Art.1, III, CF/88).

Neste diapasão da regulamentação civil da *internet* deve-se, portanto, levar em conta as características fundamentais dessa garantia, como a desterritorialização e desmaterialização, mesmo que elas sejam facetas muito marcantes da globalização.

No Brasil duas grandes iniciativas merecem ser mencionadas na regulamentação da Internet: a atualização do Código de Defesa do Consumidor e o Marco Civil da Internet, pois ambas trazem em seus espíritos e princípios a preservação de sua neutralidade, além da privacidade e da liberdade de expressão. Contudo, apesar da busca de conciliação entre os fundamentos do funcionamento da rede e as garantias das pessoas, “colisões” duras e difíceis terão que ser resolvidas.

Visando a limitação e regulamentação de um direito em detrimento de outro, a Lei nº 12.965/14, nomeada como Marco Civil da Internet, veio para estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação dentro do território brasileiro em relação à matéria.

Analisando a lei a partir da ótica da propagação das *fake news* fica bastante claro quanto à preocupação em responsabilizar os agentes que não ajam de acordo com os princípios constitucionais e os trazidos pela lei, como a proteção dos dados, da intimidade e do consumidor.

Um dos maiores avanços está na Seção III que dispõe sobre a responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, assim, quando alguém publica um conteúdo que atente contra outra pessoa é possível que esta publicação seja retirada da plataforma. No entanto, o artigo 19<sup>18</sup> trata da ordem judicial como motor da responsabilização do provedor de conexão, caso este não tome providências para exclusão ou bloqueio do agente na rede após a comunicação oficial.

A partir deste mesmo artigo, muitas empresas se eximem de promover qualquer ação a fim de censurar o conteúdo que trouxe uma *fake news* em seu texto, isto porque se justifica esta proteção com base na liberdade expressão, a

18 Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

qual, segundo a lei, poderia ser violada apenas mediante ordem judicial.

Com este respaldo legal, o combate às *fake news* se torna ineficaz, porque o decurso de tempo entre a publicação, a notificação extrajudicial da plataforma, a recusa em censurá-lo, o início da ação judicial e a efetiva ordem judicial permite que o agente publique muitos outros conteúdos criminosos e inverídicos, além apagá-los numa tentativa de se esquivar da responsabilização.

Por fim, algo que já é desenvolvido nas redes sociais, mas que parte do que pode ser chamada como ‘auto-regulação regulada’, são os mecanismos de denúncia de conteúdo sensível, falso ou violento. O botão de denúncia existe em qualquer postagem e envio uma notificação para os controladores da rede social, desta forma, quanto mais denúncias, maiores as chances de o provedor tomar alguma medida interna de remoção ou mitigar o alcance da publicação em questão, ainda que seja uma forma democrática de combate às notícias falsas, não garante com precisão que o conteúdo denunciado realmente é falso ou ilegal, abrindo margem para retaliação de grupos sociais insatisfeitos com a manifestação emitida.

## **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709 de 2018)**

Outro mecanismo trazido recentemente pela legislação brasileira diz respeito aos dados pessoais. Esta temática ganhou amplitude com a recente determinação pela sua vigência, ainda em 2020, deixando para que as sanções tenham início no ano seguinte.

A clara ligação entre os dados e a *internet*, já adiantada no Marco Civil, reside no fato de que toda movimentação realizada na rede é registrada, a partir da qual são gravados os gostos, preferências, opiniões e comportamentos. Tornando, assim, os dados pessoais como a mais valiosa moeda atualmente.

Logo, quando se determinou a vigência da lei, diversas empresas apostaram na sua adequação legal, assim, houve um movimento comum, principalmente nos provedores de conexão, de alterações nos Termos de Uso e Políticas de Privacidade, isto porque, informações sensíveis, como orientação sexual e política, poderiam ser destacadas nas redes sociais, a fim de modular o conteúdo que o usuário teria acesso, a partir do seu consentimento.

Refletindo quanto ao início deste tópico do trabalho, os mesmos dados pessoais sensíveis<sup>19</sup>, portanto, passíveis de determinação e identificação do usuário, são fontes de atentados violentos e preconceituosos propagados pelas *fake news*. Entretanto, a legislação falha em trazer esta correlação como forma de coibir estas notícias.

Portanto, se os mesmos mecanismos que registram a movimentação dos

---

<sup>19</sup> Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

usuários na *internet* (cookies) fossem utilizados estatisticamente como ferramenta de combate às notícias falsas, talvez o árduo e moroso processo judicial mencionado acima e validado pelo Marco Civil possa ser revertido, fazendo com que os provedores mapeiem *fake news* no momento em que elas ocorrem e, após a identificação de ilegalidade ou atentado contra princípios da legislação brasileira, proporcionem travas à esta manifestação e informem às autoridades públicas.

## Projeto de Lei 2.630/2020

Tendo em vista a evidente importância do debate relacionado às *fake news*, cabe ressaltar o recente projeto de lei que objetiva estabelecer normas de responsabilidade e transparências nas redes sociais a fim de combater a desinformação.

A iniciativa deste projeto deve ser comemorada, pois dentre os seus objetivos estão o fortalecimento da democracia, a transparência sobre conteúdos pagos na internet, ou seja, os anúncios segmentados pelo algoritmo e por fim, o combate às contas inautênticas que propagam a desinformação. Enquanto vedações estão as redes de disseminação artificial de desinformação e os conteúdos pagos sem identificação, o que pode reduzir os atos de estelionato. Ainda, ciente das atuações em serviços de mensagens privadas, o projeto de lei traz limitações para o envio em massa de mensagens, inclusive aquelas que possam ser enquadradas como notícias falsas e, especialmente, durante o período eleitoral do país.

Apesar de ainda estar em tramitação, o projeto de lei simboliza uma resposta estatal adequada diante das *fake news*, a qual deve prosperar para manter a segurança de direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

## Conclusão

A propagação de informações inverídicas não é um problema de agora, mas certo é que o contexto da pandemia proporcionou a sua propulsão, uma vez que o tempo gasto em frente à tela do computador ou no celular aumentou consideravelmente.

É importante salientar que é verdade que possuímos garantia constitucional de liberdade de expressão, inclusive, na *internet*, mas isso não assegura violar o direito alheio, seja ele a honra, a privacidade, a intimidade, principalmente com publicação e compartilhamento de falsas notícias, ou seja, é vedada a publicação ou compartilhamento de falsos conteúdos, ou ainda de cunho difamatórios, ofensivos ou pejorativos sobre fato inexistente ou sem fonte segura.

O usuário está ciente da sua exposição a diversos conteúdos no ambiente cibernético, logo sua conscientização e compreensão da responsabilidade em verificação fontes e matérias, absorver opiniões de diferentes esferas de pensamento e antes de publicar, compartilhar, comentar uma postagem uma



informação, levar em conta seu caráter subjetivo viola algum direito alheio, ou se são verdadeiras aquelas temáticas.

Sendo assim, se valer de garantia constitucional de liberdade de expressão, é um direito do cidadão que possui livre manifestação de pensamento, porém, o que se nota é o uso descontrolado dos meios de comunicação, principalmente, redes sociais.

## Referências

ALBRIGHT, Jonathan. Welcome to the era of fake news. In: **Media and Communication**, vol. 5, pp. 87-89, 2017, *passim*.

BAUM, David; YOCHAI BENKLER, Matthew; *et al.* **The science of fake news**. Social Science Policy Forum. 8 MARCH 2018 • VOL 359 ISSUE 6380.

Ver: <[https://www.researchgate.net/publication/323650280\\_The\\_science\\_of\\_fake\\_news](https://www.researchgate.net/publication/323650280_The_science_of_fake_news)>. Acesso em: 28 Out. 2020.

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

BRASIL. República Federativa do Brasil. **Constituição (1988)**. Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. LEI FEDERAL Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

BRASIL. LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

BRASIL. **PROJETO DE LEI Nº 12.630 DE 2020**. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet.

BRASIL DE FATO. **TSE confirma que “kit gay” nunca existiu e proíbe “fake news” de Bolsonaro**. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2018/10/16/tse-confirma-que-kit-gay-nunca-existiu-e-proibe-fake-news-de-bolsonaro>>. Acesso em: 18 Out. 2020.

CLAYTON, Katherine et al. **Real solutions for fake news? Measuring the effectiveness of general warnings and fact-checking tags in reducing beliefs in false stories on social media**. Disponível em: <<https://www.dartmouth.edu/~nyhan/fake-news-solutions.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

CHENG, John W. **Fake news, political scandal, and public opinion - a natural experiment in Japan**. ResearchGate. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/343280153\\_Fake\\_news\\_political\\_scandal\\_and\\_public\\_opinion\\_-\\_a\\_natural\\_experiment\\_in\\_Japan](https://www.researchgate.net/publication/343280153_Fake_news_political_scandal_and_public_opinion_-_a_natural_experiment_in_Japan)>. Acesso em: 28 Out. 2020.

DE KEERSMAECKER, Jonas; DUNNING, David; PENNYCOOK, Gordon; RAND, David G.; SANCHEZ, Carmen; UNKELBACH, Christian; ROETS, Arne. Investigating the robustness of the illusory truth effect across individual differences in cognitive ability, need for cognitive closure, and cognitive style. In: **Personality and Social Psychology Bulletin**, vol. 46, n. 2, pp. 204-215, 2020, *passim*.

EGELHOFER, Jana Laura; LECHELER, Sophie. Fake News as a two-dimensional phenomenon: a framework and research agenda. In: **Annals of the International**

**Communication Association.** vol. 43, n. 2, Pp.97-116, 2019, p. 98.

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21.** 1ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 11.

HUDSON, W.D. (ed.). **The is-ought question:** a collection of papers on the central problem in moral philosophy. London: Palgrave Macmillan, 1969, p. 11-12.

HUMPRECHT, Edda. Where “fake news” flourishes: a comparison across four Western democracies. In: **Information, Communication & Society Journal**, Vol. 22, pp. 1973-1988, 2019, *passim*.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das Revoluções Científicas.** São Paulo: Perpectiva, 2017, *passim*.

MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito.** 2ªed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 5.

MALAVÉ, Mayra in FIOCRUZ. **O papel das redes sociais durante a pandemia.** Disponível em: <<http://www.iff.fiocruz.br/index.php/8-noticias/675-papel-redes-sociais>>. Acesso em: 20 Out. 2020.

NGUYEN, C. T. Echo chambers and epistemic bubbles. In: **Episteme**, vol. 17, n. 2, pp. 141-161, 2020, p. 142.

MELO, Virginia. **O limite do direito penal no mundo digital à luz das fake news e da liberdade de expressão.** UFPB, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/11552>>. Acesso em: 06 Set. 2020.

PENNYCOOK, G.; CANNON, T.D.; RAND, D.G. Prior Exposure Increases Perceived Accuracy of Fake News. In: **Journal of Experimental Psychology: General.** Vol. 147, n. 12, *passim*.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 35a. Edição. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 85.

SMITH, Adam. **The theory of moral sentiments.** Indianapolis: Liberty Classics, 1982. p. 234.

# RESPONSABILIDADE SOCIAL E PARTICIPAÇÃO EM CONTEXTOS DE DESASTRES. O DIREITO DE ASSESSORIA TÉCNICA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS PROCEDIMENTAIS

**Paulo Henrique Camargos Trazzi**

Formado em Direito pela UERJ em 2007, servidor público do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro de 2004 a 2013, Procurador da República desde 2013, com atuação em Corumbá-MS até junho de 2014 e, a partir dessa data, em Linhares-ES. Especialista em Direito Administrativo Econômico pela Universidade Cândido Mendes (UCAM) - 2008/2009, especialista em Direito Aplicado ao Ministério Público na Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU)- 2013/2014, mestre em Sistemas Jurídicos Contemporâneos pela Università degli Studi di Roma “Tor Vergata” - 2015-2017

**Rafael Mello Portella Campos**

Defensor Público do Estado do Espírito Santo. Coordenador do Núcleo de Atuação em Desastres e Grandes Empreendimentos (NUDEGE). Integrante do Grupo Interdefensorial do Rio Doce (GIRD). Graduado pela FND/UFRJ. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes

## **Resumo:**

O trabalho parte da violação aos direitos humanos pelo rompimento das barragens no Brasil, notadamente nos casos de Brumadinho e do Rio Doce. A complexidade do processo reparatório impõe às comunidades a interpretação dos impactos a partir de estudos técnicos, sem poder acompanhar e participar de suas construções, afastado dos espaços decisórios. Nesse contexto, surge o direito de assessoria técnica, que significa ter uma atividade multidisciplinar a ser desenvolvida por entidade de confiança da comunidade, com independência e autonomia técnica, proporcionando informação de qualidade, linguagem adequada, produção probatória e custos arcados pelo poluidor; com fundamento no princípio da participação social, na reparação integral, na inversão do ônus da prova, no princípio do poluidor-pagador, o princípio da centralidade do sofrimento da vítima e os chamados direitos humanos procedimentais (acesso à informação, participação social e acesso à justiça).

**Palavras-chave:** Direito de Assessoria Técnica; Direitos Humanos Procedimentais; Participação social; Acesso à informação; Acesso à justiça.

## Introdução - A construção histórica do direito de assessoria técnica e seus elementos essenciais

O direito à assessoria técnica independente, à época ainda chamado de assistência técnica, surgiu entre o final dos anos 80 e início dos 90 para reassentamentos rurais coletivos de comunidades atingidas por barragens na região sul do Brasil. Foi assegurado para as populações se inserirem num novo modo de vida, num novo modo de produzir. Num primeiro momento, a assistência técnica era feita pelas próprias empresas, donas ou construtoras das barragens, mas essa assistência das empresas causava problemas, pois a lógica das empresas é uma e a das comunidades, outra.

Assim, não servia para empoderar os sujeitos principais, que são os atingidos. Após muita mobilização, em 1995, o próprio movimento local conseguiu organizar a sua assistência técnica. Com isso, as associações organizadas nos assentamentos, com autonomia e independência em relação às empresas (por exemplo, ADAI – Associação de Desenvolvimento Agrícola Interestadual), começaram a assumir esse papel de prestar assistência técnica aos atingidos, com coordenação dos trabalhos pelos próprios atingidos, com contratação de profissionais de confiança e com a definição dos objetivos da assistência técnica. A partir disso, em alguns casos, essas associações conseguiram, inclusive, adquirir terras para assentamentos e preparar a infraestrutura para os atingidos (informação verbal)<sup>1</sup>.

As assessorias técnicas independentes consistem em uma atividade multidisciplinar a ser desenvolvida por entidade da confiança das pessoas atingidas e com independência técnica, principalmente em relação aos empreendedores. Proporcionam informação técnica de qualidade, linguagem adequada, produção probatória dos danos e impactos e suas causas, além de possibilitar a construção de soluções para evitar ou mitigar impactos e de meios de compensação e reparação às pessoas atingidas<sup>2</sup>.

A participação social é um aspecto que, muitas vezes, é ignorado na análise técnica dos impactos ambientais. Apesar de previsão expressa da participação e da publicidade no ordenamento jurídico para o estudo de impacto ambiental, a participação só pode ser qualificada e efetiva com o conhecimento adequado sobre os fatos em análise, além de uma linguagem acessível para uma compreensão apropriada da situação, bem como tomadas de decisão conscientes.

Por meio das assessorias técnicas é possível dar voz qualificada às comunidades, o que se mostra salutar para encontrar o equilíbrio do meio ambiente garantido no art. 225 da Constituição Federal. Porém, considerando a com-

1 Informação fornecida por *Joceli Jaison José Andrioli*, da Coordenação Nacional do Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB).

2 O tema “assessorias técnicas independentes” também é abordado em obra de um dos coautores desse artigo, in TRAZZI, Paulo Henrique Camargos. *Desenvolvimento sustentável e avaliação de impacto ambiental na Itália e no Brasil*, 1. ed. - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, págs. 172-179.

plexidade e multidisciplinariedade desses estudos técnicos, um grande desafio é proporcionar às pessoas leigas o conhecimento necessário para compreender a linguagem específica empregada e exprimir suas considerações. Possível solução para essa questão, em alguns casos, é viabilizar assessorias técnicas independentes que atuem em contato e no interesse das comunidades locais atingidas. Percepção semelhante é desenvolvida por Souza e Carneiro (2019):

Considerando os requisitos particulares da assessoria técnica das pessoas atingidas e o perfil predominante entre elas de “grupos vulneráveis”, conforme demonstrado no tópico 2 deste artigo, nossa proposta é a de que o direito a uma assessoria técnica deve observar os seguintes aspectos: 1) dada a transversalidade das questões ambientais (envolvendo economia, modos de vida, direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, etc.), a assessoria técnica das pessoas atingidas não pode se restringir à prestação de serviços advocatícios, mas se estender a todas as áreas com repercussões decorrentes do desastre; 2) a assessoria técnica deve ser prestada por profissionais da confiança das pessoas atingidas e de sua livre escolha; 3) o custeio da assessoria técnica deve ser arcado por quem deu causa à necessidade de sua contratação; 4) a assessoria técnica deve ser prestada sob a perspectiva dos interesses coletivos e com ampla participação das pessoas atingidas; 5) os profissionais integrantes da assessoria técnica das pessoas atingidas não podem ser contratados por critérios exclusivamente técnico-científicos (habilitação para o exercício da profissão), mas devem atender a um perfil particular, relacionado às questões epistemológicas envolvidas, de modo que esteja presente a capacidade de articular os interesses das pessoas atingidas a partir das suas representações de mundo em face do sistema mundo hegemônico; 6) as decisões técnicas são também decisões que implicam um caráter político já que tratam de serviços que serão prestados para um grupo vulnerabilizado pela política das empresas responsáveis por essa situação de vulnerabilidade, ou seja, não é possível, nessas situações, partir do princípio de que se está operando em um campo de neutralidade (SOUZA e CARNEIRO, 2019, p. 13).

Apesar de não haver um marco legal sobre o tema, a assessoria técnica independente é direito e precisa ser assegurado, mas não se pode olvidar o obstáculo de custear esse serviço.

É notório que normalmente essas comunidades não possuem recursos para custear serviços de tamanha complexidade. Ademais, é indubitável que tais custos não devem recair sobre os impactados pela atividade licenciada, mas pelos causadores desses impactos, dentro da lógica imposta pelo princípio do poluidor-pagador.

Para concretizar esse direito, um dos caminhos possíveis é a via negocial, como ocorreu nos desastres dos rompimentos das barragens de rejeito de mineração de Fundão, de propriedade da empresa Samarco Mineração S/A, localizada em Mariana-MG, na bacia do Rio Doce, e da mineradora Vale S/A, na mina do Córrego do Feijão, em Brumadinho-MG, bacia do Rio Pa-

raoepba.

O primeiro desses desastres, o da Samarco na bacia do Rio Doce – o maior do mundo envolvendo barragens de rejeitos de mineração – ensejou um processo de construção de mecanismos de reparação até então inexistentes. Um desses instrumentos é o direito a assessorias técnicas independentes, escolhidas pela própria população atingida, e custeada pelas empresas poluidoras, no caso a Samarco Mineração S/A, uma *off shore* da brasileira Vale S/A e da anglo-australiana BHP Billiton.

Diante da falta de previsão expressa do direito a assessorias técnicas independentes, enveredou-se pela via negocial, que resultou em um acordo extrajudicial – denominado Termo Aditivo ao Termo de Ajuste Preliminar (ATAP), celebrado em 17 de novembro de 2017, pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais com as empresas Samarco, Vale e BHP Billiton Brasil (MPF e MPMG, 2017a).

Assim, no caso do rompimento da barragem de Fundão, o ATAP<sup>3</sup> prevê a contratação de assessorias técnicas independentes escolhidas pelas comunidades atingidas e custeadas pelas empresas causadoras do desastre, as já mencionadas mineradoras Samarco Mineração, Vale e BHP Billiton Brasil.

O ATAP foi o instrumento negocial que, pela primeira vez, reconheceu o direito a assessorias técnicas independentes para toda a população atingida pelo desastre na cabia do Rio Doce. Havia, porém, acordos que antecederam o Termo Aditivo, reconhecendo o direito a assessorias técnicas independentes em prol das populações atingidas nos municípios de Mariana/MG (este celebrado perante a Justiça do Estado de Minas Gerais, na Comarca de Mariana), e um outro realizado pelo Ministério Público Federal, ao lado do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em 31/05/2017, com as mineradoras Samarco, Vale e BHP Billiton Brasil, por meio do qual tais empresas assumiram a obrigação de custeio da assessoria técnica independente escolhida pela população atingida no município de Barra Longa/MG (MPF e MPMG, 2017c). Sobreveio ainda acordo de âmbito regional, firmado em 31/08/2018, que assegurou assessorias técnicas independentes nos municípios de Rio Doce, Santa Cruz do Escalvado e distrito de Xopotó (MPF, 2018).

---

3 O Termo de Ajustamento Preliminar, ou TAP (MPF e MPMG, 2017b), como se tornou conhecido, foi um acordo extrajudicial firmado, com vistas a disponibilizar amplo diagnóstico de danos, nas áreas socioambiental e socioeconômica. Firmado em 18/01/2017, tal avença foi objeto do mencionado Termo Aditivo celebrado em 17 de novembro do mesmo ano, com a finalidade, entre outras, de prever assessorias técnicas independentes que se proporiam a trabalhar para a população atingida pelo desastre ao longo da bacia do Rio Doce. Posteriormente, em 25/06/2018, um outro acordo extrajudicial foi celebrado, desta vez com a participação, também, das Defensorias Públicas dos Estados do Espírito Santo e de Minas Gerais, da Defensoria Pública da União e do Ministério Público do Estado do Espírito Santo: o Termo de Ajustamento de Conduta da Governança, ou TAC GOV (MPF et al, 2018), como se tornou conhecido. O TAC GOV, que buscou aprofundar mecanismos de participação no processo de reparação dos danos do desastre de Fundão, reforça a necessidade de implementação de assessorias técnicas independentes.

As assessorias técnicas independentes, como estabelece o ATAP, têm por objetivo (i) viabilizar, por meio do suporte e apoios necessários, a participação ampla e informada ao longo de todo o processo relativo ao diagnóstico socioeconômico e às reparações integrais de seus direitos; (ii) assessorar tecnicamente e mobilizar as comunidades atingidas nas ações voltadas à reparação integral, em curso ou que venham a ser realizadas; (iii) solicitar informações de interesse das pessoas atingidas; (iv) emitir pareceres técnicos quanto à identificação dos danos e aos pleitos dos atingidos, entre outras (MPF e MPMG, 2017a).

Com base nesse objetivo, as instituições de justiça (MP's e DP's) empreenderam esforços para difundir a informação acerca do direito às assessorias técnicas independentes, fomentando a mobilização e coordenação sociais para viabilizar a efetiva e plena participação das comunidades atingidas, tanto na escolha da entidade que deve prestar esse serviço quanto os parâmetros e objetivos desse serviço. Inúmeros encontros e reuniões com as comunidades ocorreram ao longo da região atingida pelo desastre<sup>4</sup>. Além de outros temas, esclarecimentos dos direitos das pessoas atingidas eram abordados, com foco especial ao direito às assessorias técnicas independentes.

No caso do desastre do Córrego do Feijão, na bacia do Paraopeba, a atuação das instituições do sistema de Justiça, no processo de reparação de danos ocasionados pelo desastre da mineradora Vale em sua mina do Córrego do Feijão, pôde aproveitar a curva de aprendizagem e a experiência acumulada que os mesmos Ministérios Públicos e Defensorias Públicas federais e estaduais haviam construído no desastre ocorrido em 05/11/2015, quando se rompeu a barragem de Fundão.

Um desses aprendizados era a própria forma de atuação interinstitucional, o que fez com que Ministérios Públicos Federal e do Estado de Minas Gerais, Defensorias Públicas da União e do Estado de Minas Gerais, ao lado da Advocacia-Geral do Estado tenham peticionado conjuntamente ao Juízo de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Belo Horizonte, em que tramitava uma ação de tutela antecedente ajuizada pela Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, requerendo, entre outras medidas, o reconhecimento do direito a assessorias técnicas independentes aos atingidos.

Na audiência judicial – ocorrida logo após uma reunião havida na sede do MPF em que a Vale se recusara a atender a mesma demanda –, sobreveio acordo<sup>5</sup> entre a autora da ação de tutela antecedente (a Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais), as demais instituições do sistema de Justiça que intervieram na ação (MPF, MPMG, DPU e DPMG) e a mineradora Vale. Tal acordo preliminar, firmado perante a 6ª Vara da Fazenda Pública de Belo Ho-

4 O site do Ministério Público Federal possui os dados relativos a essas reuniões e outros documentos relacionados ao desastre. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/>>. Acesso em 23 de nov. de 2020.

5 Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/acordo-preve-pagamento-de-um-salario-minimo-a-cada-morador-de-brumadinho-mg-pelo-prazo-de-um-ano>>. Acesso em 23 de nov. de 2020.

rizonte-MG (TJMG, 2019), já previu a garantia de assessoria técnica independente, escolhida pelos próprios atingidos, que possa fornecer suporte técnico e jurídico às comunidades atingidas. Neste caso, ficou decidido que o custo deve recair na Vale, responsável pelo desastre.

Acrescente-se que, sabido que a competência para tratar de direitos indígenas é, a teor do que dispõe o art. 109, inciso XI, da Constituição de 1988, da Justiça Federal, a Força-Tarefa Brumadinho do MPF tratou extrajudicialmente das medidas emergenciais e da reparação dos danos sofridos pelos indígenas atingidos pelo desastre. Nesse contexto é que foi celebrado, em 05/04/2019, um Termo de Ajuste Preliminar Emergencial específico para resguardar os direitos da comunidade Pataxó e Pataxó Hã-Hã-Hãe da Aldeia Naô Xohan, localizada em São Joaquim de Bicas/MG e atingida pelo desastre<sup>6</sup>. Foi então assegurado àquela comunidade indígena direito à assessoria técnica independente, de sua própria escolha, para prestar-lhe apoio durante o processo de reparação, nas diversas áreas necessárias.

Por óbvio, os casos mencionados tratam de desastres tecnológicos, com responsabilidade objetiva das empresas que exerciam a atividade econômica, diferente de um processo de licenciamento ambiental. Porém, o raciocínio pode ser aplicado no caso de estudos prévios de impactos ambientais, em empreendimentos de grande porte e complexidade e com possíveis consequências nocivas às comunidades locais e, eventualmente, tradicionais.

O Estado não detém de corpo técnico e estrutura suficientes para analisar e acompanhar adequadamente os EIAs e os licenciamentos ambientais. Por isso, cabe ao empreendedor apresentar o EIA com seus recursos, que é realizado por equipe técnica própria ou terceirizada, o que, naturalmente, leva a condução dos estudos nos interesses do empreendedor.

Assim, para equalizar as obrigações do empreendedor baseadas no princípio do poluidor-pagador e os requisitos do licenciamento ambiental de transparência, participação popular e mitigação, reparação e compensação dos impactos ambientais e socioambientais, as assessorias técnicas independentes são excelente solução.

## **Elementos jurídicos do direito de assessoria técnica.**

Estabelecida a base histórica e conceitual do direito de assessoria técnica, bem como a matriz legal da responsabilidade jurídica do poluidor, parte-se para a sua tradução ao mundo jurídico, reconhecendo e estabelecendo a sua matriz supraconstitucional, constitucional e legal. Afinal, qual o seu fundamento jurídico?

É importante destacar que o desenvolvimento das lutas de comunidades afetadas por barragens e de movimentos sociais refinaram, com o decorrer

---

<sup>6</sup> Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/caso--brumadinho-fechado-acordo-preliminar-emergencial-a-comunidade-pataxo>>. Acesso em 21 de novembro de 2020.



do tempo, as reivindicações por direitos violados. Assim, o que inicialmente eram demandas básicas por indenizações pela desapropriação/remoção compulsória de imóveis, atualmente adquire um viés multidimensional, agregando inúmeros direitos, de caráter individual e coletivo, que passam a constituir o patrimônio jurídico da pessoa atingida (direito à saúde, segurança alimentar, acesso à água potável, direitos econômicos, culturais, assistências, dentre inúmeros outros).

Mais do que isso, o desenvolvimento do espírito de cidadania nas comunidades e o engajamento político jurídico que a mobilização social fomenta passam a ressaltar, com muito mais ênfase, o direito de participar, de forma ativa e qualificada, dos espaços decisórios. Para isso, ter acesso à informação qualificada é fundamental, sobretudo em ambientes tecnicistas formados preponderantemente por instituições de justiça, poder público e privado.

Diante do regime jurídico dos direitos humanos, a situação de vulnerabilidade das pessoas atingidas, com a consequente violação de direitos humanos, passa a ser responsabilidade do Estado Brasileiro, que deve tomar todas as providências para garantir a reparação devida e a proteção necessária para que tais violações não voltem a acontecer. No caso das pessoas atingidas pelo rompimento da barragem de Fundão, esta responsabilidade do Estado implica na garantia de que todas as negociações, relativas às reparações dos danos sofridos, sejam precedidas pela implementação das assessorias técnicas independentes, que permitam a essas pessoas tomarem conhecimento dos seus direitos e serem protagonistas das decisões que comprometem os seus modos e projetos de vida, repercutindo, portanto, diretamente na sua dignidade (SOUZA e CARNEIRO, 2019, p. 08).

Qualquer sistema de gestão das consequências de desastres ou da instalação de grandes empreendimentos deve partir da perspectiva da pessoa atingida e do reconhecimento de que as consequências sociais e ambientais recairão diretamente a ela. Assim, é pelo princípio da centralidade do sofrimento da vítima que se fundamenta o direito de assessoria técnica. De acordo com esse princípio, a pessoa que sofreu os danos provenientes da ação de outro ser humano, do Estado, ou ainda de qualquer outro agente, seja pessoa natural ou jurídica, é a vítima do dano e deve figurar como o ponto central da discussão jurídica a respeito da reparação do mesmo. Ademais, a pessoa atingida também deve participar, com centralidade, na elaboração de mecanismos, judiciais ou não, de prevenção da vitimização, para evitar que os mesmos fatos danosos voltem a acontecer e a fazer mais vítimas (TRINDADE, 2003).

Como vítima e vulnerável, é preciso disponibilizar a ela instrumentos básicos para que possa compreender a sua condição, levantar informações e buscar os canais de denúncia existentes para combater violações de direitos humanos. O acesso à informação é fundamental. Sem ela, participar se torna um exercício inócuo e constantemente usado como artifício de legitimação de estruturas autoritárias.

A seguir, é possível analisá-lo sob o prisma do direito ambiental, haja vista as discussões contemporâneas a respeito da importância da participação social no controle social sobre práticas poluidoras ou potencialmente poluidoras perpetradas por agentes públicos ou privados, sem descuidar dos demais impactos sociais, culturais, econômicos acarretados. Surgem os direitos ambientais procedimentais, também denominados pela doutrina como direitos ambientais de acesso, direitos ambientais de participação ou direitos humanos procedimentais, que consagram a tríade: direito de participação social, direito de acesso à informação e acesso à justiça como elementares para a efetivação de direitos materiais. (SARLET e FENSTERSEIFER, 2018).

Neste ponto, é importante esclarecer que a preferência pelo conceito de direitos humanos procedimentais advém do caráter multidimensional e transversal do direito de assessoria técnica, que visa a participação qualificada de comunidades atingidas por desastres ou grandes empreendimentos em temas para além do direito ambiental, compreendendo todo o mosaico de direitos atingidos ou potencialmente atingidos por crises, desastres ou pela instalação de grandes empreendimentos.

A gênese normativa dos direitos procedimentais está na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, na Convenção de Aarhus sobre Acesso à Informação, Participação Pública na Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria Ambiental e no Acordo Regional de Escazú, América Latina e Caribe (SARLET e FENSTERSEIFER, 2018). Por sua vez, a matriz constitucional do direito de assessoria técnica é composta especialmente na afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana e no exercício da cidadania (art. 1º, II e III, CF), no direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF), no direito do exercício do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF) e no direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CF).

No aspecto infraconstitucional, em que pese os direitos instrumentais acima referidos terem as suas respectivas ramificações legais, não existe um diploma jurídico que garanta o patrimônio jurídico mínimo das pessoas atingidas por barragens. O projeto de lei nº 2.788 de 2019, que institui a Política Nacional de Direitos das Populações Atingidas por Barragens (PNAB) prevê como direito a assessoria técnica independente, de caráter multidisciplinar, escolhida pelas comunidades atingidas, a expensas do empreendedor e sem sua interferência, com o objetivo de orientá-las no processo de participação (SILVA *et al*, 2019). O PL ainda se encontra em tramitação no Congresso Nacional.

Sob o aspecto processual, cabe destacar que o direito de assessoria técnica significa o estabelecimento de paridade entre as partes. Consagra o princípio do devido processo legal (seja judicial ou extrajudicial), o princípio do contraditório e da ampla defesa, bem como da igualdade processual, na medida em que as comunidades precisam ter paridade de tratamento e ter acesso aos meios necessários para provar as suas alegações, superando a vulnerabilidade crônica, social e econômica que usualmente as caracterizam (art. 7 e 8

do CPC)<sup>7</sup>.

Por fim, o último enfoque a ser dado deve ser a partir da discussão a respeito do cumprimento de normas de direitos humanos pelas empresas. A Resolução nº 05 de 2020 do Conselho Nacional de Direitos Humanos, que dispõe sobre diretrizes nacionais para uma política pública de direitos humanos e empresas, a partir do seu art. 6º, V e 11, ressalta que no tratamento e prevenção de violações de direitos humanos cometidos por empresas deve-se aperfeiçoar os mecanismos de acesso aos arquivos, documentos, de transparência e de participação social, em especial dos atingidos e atingidas, garantindo o direito à assessoria técnica independente, escolhida pelos atingidos e custeada pelos empreendimentos violadores, para promover a escuta, interlocução e participação das comunidades nas instâncias e procedimentos a serem adotados para soluções garantidoras de direitos humanos (CNDH, 2020).

## **Decisões paradigmáticas sobre o direito de assessoria técnica no caso Rio Doce e caso Brumadinho - Avanços e retrocessos**

Pouco se discute o direito de assessoria técnica nos tribunais a partir do mosaico jurídico acima apresentado. O tema passou a ter mais atenção do Poder Judiciário a partir do desastre do Rio Doce, acarretado pelo rompimento da barragem de Fundão, Mariana/MG, em 05 de novembro de 2015, e posteriormente com o desastre do Paraopeba, ocasionado pelo rompimento da barragem de Macacos, Brumadinho/MG, em 25 de janeiro de 2019.

No caso do Rio Doce, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais foi instado a se manifestar sobre o funcionamento da assessoria técnica contratada especificadamente para Mariana/MG, Cáritas Brasileira e o escopo da sua atuação. Ao negar provimento ao recurso das empresas Samarco, Vale e BHP, o Desembargador Relator Habib Felipe Jabour ressaltou:

(...) é imprescindível que os atingidos possuam sua própria matriz de danos, para fins de comparação com as propostas de acordo apresentadas pela Fundação Renova, detentora de sua própria assessoria técnica e precificação dos danos.

Assim, a contratação de assessoria técnica pelos impactados nada mais é do que o exercício de sua ampla defesa e observância ao princípio da igualdade processual, mediante a apresentação de sua própria matriz de danos, confeccionada por experts de sua confiança, frise-se. (TJMG, 2020).

A decisão ressalta, portanto, a necessidade de paridade negocial entre as partes envolvidas no processo de reparação, a partir dos princípios da ampla

---

7 O programa de indenização “mediada” da Fundação Renova não pode ser conceituado como mediação, haja vista a manifesta assimetria de poderes entre a pessoa atingida e as empresas na negociação, estando em franco desacordo com a Lei nº 13.140 de 2015, haja vista a franca violação do princípio da isonomia e da imparcialidade do mediador (art. 2º, I e II).

defesa e igualdade processual, reconhecendo indiretamente a aguda assimetria existente entre a pessoa atingida que não dispõe dos seus direitos instrumentais e a Fundação Renova (detentora de sua própria assessoria técnica) no Caso Rio Doce.

Outra manifestação paradigmática no Caso Rio Doce ocorreu na homologação dos acordos extrajudiciais que concretizaram o direito de assessoria técnica (TAP, ATAP e TAC GOV), proferida pelo juízo da 12ª Vara Federal de Belo Horizonte/MG. Essa decisão repercutiu em todos os outros territórios que até o momento não tinham assessoria técnica. Em um primeiro momento, reconheceu o direito procedimental de participação e acesso à informação, nos seguintes termos: “A contratação de assessorias técnicas aos atingidos é medida salutar, juridicamente idónea e socialmente importante, pois viabiliza – concretamente (e não de forma retórica) - a participação ampla, informada e efetiva dos atingidos no processo de reparação integral de seus direitos” (JFMG, 2019).

Entretanto, ao passar a discorrer sobre o que entende de participação social, o juízo desnatura o viés participativo da assessoria técnica com a imposição de cláusulas interpretativas, que visam pretensamente impedir que sejam cooptadas por agremiações partidárias, ONGs e movimentos sociais/religiosos. Nesse sentido:

A ninguém deve ser dado o direito de aproveitar-se ou mesmo beneficiar-se do Desastre de Mariana para - à custa dos atingidos que necessitam amparo técnico e imparcial - difundir e/ou propagar sua crença ou sua ideologia política, ou, ainda, capitalizar-se financeiramente, consideradas as vultosas quantias que serão empregadas na contratação das assessorias técnicas.

Vale dizer: as assessorias técnicas aos atingidos, como o próprio nome diz, devem ser imparciais, fundadas em atuação técnica, e não ideológicas, políticas ou religiosas.

Trata-se, em verdade, de prover aos atingidos informação adequada e conhecimento amplo, a partir de critérios técnicos, independentes e objetivos, vedada - por conseguinte - qualquer tentativa de propagação ideológica, político-partidária ou religiosa (JFMG, 2019).

Sob o pretexto de uma concepção equivocada de imparcialidade científica, criou-se um ambiente hostil e refratário à participação social, reduzindo a pessoa atingida a um ser estéril e subserviente a grupos e ideias, na contramão da pluralidade da realidade social das comunidades atingidas pelo desastre do Rio Doce, sobretudo as mais vulneráveis, que veem historicamente em movimentos sociais e religiões algum apoio e solidariedade na ausência do Poder Público e das instituições. Assim, não é possível afirmar que o direito de assessoria técnica no caso Rio Doce tenha convergência com a concepção de direitos humanos procedimentais, haja vista que a equivocada interpretação do que significa a participação social conferida pelo Poder Judiciário<sup>8</sup>.

8 Em que pese a referida decisão ter ensejado recurso do MPPF, não houve concessão

Ao proferir uma decisão que exclui esses atores do processo das assessorias técnicas aos atingidos, o juiz manifesta parcialidade, pois apresenta preconceito com as formas associativas dos próprios atingidos, buscando explicitamente interferir no único ponto do acordo que respondia às demandas das mobilizações desses. Isso é evidente no seguinte trecho da decisão: “fica expressamente vedada ao FUNDO BRASIL DE DIREITOS HUMANOS – em qualquer hipótese – a contratação de assessorias técnicas, cujas entidades/equipes/ profissionais/indivíduos tenham qualquer vínculo de subordinação com movimentos sociais ou ONGs atuantes na área do Desastre de Mariana;” (página 9 da decisão) (LOSEKANN, 2018).

A experiência desastrosa na gestão do desastre do Rio Doce, que alijou as comunidades atingidas dos espaços decisórios e concedeu às empresas, via Fundação Renova, o monopólio informacional, executivo e orçamentário do processo reparatório, alertou as instituições de justiça de que os mesmos erros não poderiam ser em hipótese alguma cometidos no caso Brumadinho. Ao contrário do caso Rio Doce, as comunidades da Bacia do Paraopeba já contam com entidades de assessoria técnica contratadas e trabalhando, realizando os levantamentos necessários para o processo de reparação, a partir da mobilização social e pleno acesso à informação e participação.

O juízo de 1º grau ao autorizar o início dos trabalhos das assessorias técnicas, em audiência realizada no dia 05 de março de 2020 (TJMG, 2020), ressaltou o papel das assessorias como assistentes das instituições de justiça na articulação social e na produção de provas a serem levadas ao juízo. Definindo uma distinção com o trabalho da perícia judicial, estabeleceu um fluxo de informações para as instituições de justiça. Dessa forma, embora haja uma vinculação com as instituições, inclusive para fins de controle finalístico dos trabalhos e cumprimento dos Planos de Trabalho, as entidades escolhidas possuem independência e autonomia para se manifestarem.

Ainda que muito pontuais, as decisões judiciais reconhecem o caráter das assessorias técnicas enquanto expressão dos direitos humanos procedimentais e a sua importância para diminuir o abissal desequilíbrio de poder entre a pessoa atingida e a empresa. Entretanto, há de se ressaltar a perigosa abordagem “político/ideológica” dada no caso Rio Doce, que tem permitido, inclusive, o uso dessa questão pelas empresas para auditar as assessorias contratadas via perícia judicial sob a perspectiva de “contaminação ideológica”. Portanto, ainda é cedo para avaliar a efetividade e a aderência desses princípios pelo Poder Judiciário, seja porque ele foi obstaculizado pelas empresas no Caso Rio Doce, seja porque o trabalho há pouco tempo iniciou no Caso Brumadinho.

## Conclusão

---

Num contexto dos movimentos contestatórios (LOSEKANN, 2016), o de efeito suspensivo pelo Tribunal Regional Federal.

direito de assessoria técnica é um importante instrumento disponível (ou a ser reivindicado) dentro do repertório de ações das comunidades atingidas. A resistência na sua implementação por parte de poluidoras está diretamente relacionada a quebra do monopólio informacional que as mesmas usualmente detêm no contexto brasileiro. Pensar o direito como um instrumento de emancipação social demanda também enfrentar resistências culturais da sociedade brasileira e de suas instituições, que ainda abordam crises e desastres de uma forma tecnicista e excludente.

Nesse contexto, trazer a população atingida para o centro do debate e lhe dar instrumentos para influir nos processos decisórios que lhes digam respeito dialoga com também com a percepção de resiliência radical, a fim de destacar que qualquer processo de reparação inclua a pessoa atingida como protagonista de sua luta e valorize o seu engajamento político para promover as mudanças sociais necessárias à cidadania. É a valorização do sujeito afetado para que exerça o seu protagonismo político, de modo a superar a visão passiva e tecnicista dos atores públicos envolvidos na gestão da crise (VALENCIO, 2019).

## Referências

BRASIL, Conselho Nacional de Direitos Humanos. **Resolução nº 05 de 12 de março de 2020**. Dispõe sobre Diretrizes Nacionais para uma Política Pública sobre Direitos Humanos e Empresas.

BRASIL. Ministério Público Federal e Ministério Público de Minas Gerais. **Termo Aditivo ao Termo de Ajuste Preliminar**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/aditivoTAP.pdf>>. Acesso em 22 de nov. de 2020.

\_\_\_\_\_. **Termos de Ajuste Preliminar**, Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/termo-de-acordo-preliminar-caso-samarco>>. Acesso em 22 de nov. de 2020.

\_\_\_\_\_. **Termo de Acordo para Disponibilização de Assessoria Técnica Independente nos Municípios de Rio Doce/MG, Santa Cruz do Escalvado/MG e Distrito de Xopotó**. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acordo\\_centrorosafortini-compressed.pdf](http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acordo_centrorosafortini-compressed.pdf)>. Acesso em 22 de nov. de 2020.

\_\_\_\_\_. **Termo de Acordo para Disponibilização de Assessoria Técnica em Barra Longa**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acordo--barra-longa-1>>. Acesso em 22 de nov. de 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério Público de Minas Gerais, Ministério Público do Espírito Santo, Defensoria Pública da União, Defensoria Pública de Minas Gerais e Defensoria Pública do Espírito Santo. **Termo de Ajustamento de Conduta da Governança**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/tac-governanca/view>>. Acesso em 22 de nov. de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 6ª Vara da Fazenda Pública de Belo Horizonte, Ação Cautelar nº 5010709-36.2019.8.13.0024, **Termo de Audiência de**

20 de fevereiro de 2019, Juiz Elton Pupo Nogueira.

\_\_\_\_\_. Ação Cautelar nº 5010709-36.2019.8.13.0024, **Termo de Audiência de 05 de março de 2020**, Juiz Elton Pupo Nogueira.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de instrumento-cv nº 1.0400.15.003989-1/006. TJMG, Comarca de Mariana. **Acórdão**. Relator Habib Felipe Jabour. Julgamento dia 11 de fevereiro de 2020. Publicação dia 12 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Seção Judiciária de Minas Gerais. 12º Vara Federal Cível/Agrária. Processos nº: 23863-07.2016.4.01.3800 e 69758-61.2015.4.01.3400. **Sentença Homologatória**. Juiz Mario de Paula.

LOSEKANN, Cristiana. A política dos afetados pelo extrativismo na América Latina. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 20, p. 121–164, 2016.

\_\_\_\_\_. A participação como um problema para as instituições de justiça: Uma análise a partir do acordo de governança e participação para o desastre no Rio Doce. **JOTA**, São Paulo, p. 1 - 10, 09 ago. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ecológico. Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção da Natureza**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. 6ª ed. rev., atual., e ampl.

SILVA, Zé e outros. **Projeto de Lei nº 2788 de 2019**. Institui a Política Nacional de Direitos das Populações Atingidas por Barragens, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 09 maio. 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2201532>>. Acesso em 22 de nov. de 2020.

SOUZA, Tatiana Ribeiro de e CARNEIRO, Karine Gonçalves. O direito das “pessoas atingidas” à assessoria técnica independente: o caso de Barra Longa (MG), *in* **Revista Sapiência: Sociedade, Saberes e Práticas Educacionais** - ISSN 2238-3565 V.8, N.2, p.187-209, 2019 – *Dossiê: Extrativismo mineral, conflitos e resistências no Sul Global*.

TRAZZI, Paulo Henrique Camargos. **Desenvolvimento sustentável e avaliação de impacto ambiental na Itália e no Brasil**, 1. ed. - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. 3 v.

VALENCIO, Norma. Desastre Como Antítese Da Segurança Humana: Da Crise Multifacetada À Resiliência Radical. In: DENISE, Tarin; MACHADO, Rachel (Org.). **Diálogos Públicos sobre Segurança Humana**. Coletânea de Artigos. Brasília: ILAES. Instituto Latino-Americano de Educação para a Segurança. 2019. p. 216-235.

# DIREITOS HUMANOS E A MÍDIA EM FACE DA CIDADANIA E JURISDIÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS

**Matheus Matsuo Kawamata**

Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de Campinas – UPM

## **Resumo:**

O presente trabalho visa analisar os institutos da cidadania e jurisdição dos povos indígenas, bem como a garantia e proteção dos direitos humanos e fundamentais diante de um cenário nacional, visto ser o Brasil um Estado Democrático de Direito e signatário de tratados internacionais de direitos humanos. Questiona-se a prevalência da ótica integracionista destas comunidades, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual foi garantida uma cidadania plena as mesmas. Vislumbra-se demonstrar a falta de amparo sofrida por estes povos, principalmente considerando a falta de atuação ou mesmo acuracidade midiática ao transmitir informações, o que acaba por alimentar a invisibilidade das violações aos direitos indígenas e humanos gerando uma tendência ao esquecimento destas populações. Logo é imperiosa análise crítica da Lei indígena, demandando-se a compreensão dos discursos, a aplicação de normas e verificação de sua consonância com os direitos humanos e do cidadão.

**Palavras-chave:** Povos Indígenas; Cidadania Indígena; Jurisdição Indígena; Direitos Humanos; Mídia.

## **Introdução**

A questão dos direitos dos povos indígenas vem ganhando grande destaque nos últimos tempos, principalmente em decorrência da não garantia de direitos básicos a estas comunidades diante da atual pandemia que atinge o mundo como um todo. Necessário se faz, que seja debatido de forma ampla e objetiva os direitos humanos e fundamentais positivados e destinados a estas populações, não apenas em âmbito nacional, mas também internacional.

Desta forma, abre-se a discussão através do questionamento se realmente há uma aplicação e garantia digna aos direitos humanos e fundamentais destes povos; se há de fato uma cidadania plena e respeito às suas jurisdições, analisa-se qual o papel dos tratados internacionais de direitos



humanos que debatem os direitos dos povos indígenas e, ainda, qual o papel da mídia no que tange a divulgação de informações sobre estas populações, para que assim os relatos sejam condizentes com as situações que que estas vivenciam.

Para isto, fora utilizado doutrinas e dissertações, algumas delas escritas por indígenas, fez-se ainda uma análise dos institutos expostos, bem como, da letra da lei e sua aplicação prática e, por fim, através de uma análise-crítica e dedutiva, procurou se chegar a uma conclusão apropriada buscando melhor elucidar sobre a aplicação de direitos fundamentais as comunidades indígenas.

## **Cidadania e Jurisdição dos Povos Indígenas**

Ao longo da história, os povos indígenas sofreram e ainda sofrem por sua diversidade étnica, cultural e religiosa. Desde a chegada dos colonizadores em terras brasileiras há mais de 500 anos, estas comunidades padecem de garantias jurídicas adequadas que, apesar de nos dias atuais serem reconhecidas em letra de lei, não são aplicadas de forma coerente, em virtude de uma grande lacuna no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais a estes indivíduos mantendo-se, muitas vezes, o caráter de integração do indígena a comunidade nacional que vigorava até a promulgação da Constituição Federal em 1988.

Neste aspecto, importante abordar a questão da cidadania e da jurisdição indígena, dois institutos de extrema relevância para assegurar a dignidade da pessoa humana e a efetiva aplicação dos direitos humanos, não apenas em âmbito nacional, mas também internacional.

A partir de uma visão constitucional, pode-se dizer que a cidadania traduz o conjunto de direitos e deveres que os indivíduos de uma determinada sociedade possuem em relação ao Estado dentro do qual participam de forma ativa dos negócios e decisões políticas. Esses direitos devem estar previstos na Constituição Política deste Estado. (MORAES; KIM, 2013, p. 26). Vitorelli (2018 apud SILVA, 2007, p. 104/105), ao citar José Afonso da Silva, demonstra que a cidadania qualifica os participantes da vida do Estado, reconhecendo o indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal. Assim, para que o Estado funcione, deverá se submeter à vontade popular.

Abordando a questão da cidadania indígena, pode-se conceituá-la como a busca pela realização de uma análise e interpretação das concepções, reivindicações, demandas, reclamações e críticas que vem ganhando destaque nos movimentos indígenas durante os últimos anos. (SIDEKUM; WOLKMER; RADAELLI, 2016, p. 87). Logo, quando do reconhecimento da cidadania indígena, necessário considerar o indivíduo indígena um cidadão conforme seu direito consuetudinário, ou seja, respeitando o direito que surge a partir de sua cultura e costumes, prevalecendo sua autonomia, autogoverno e autodeterminação.

No que diz respeito à jurisdição, CINTRA, GRINOVER e DINAMAR-

CO (2006, p. 145) ensinam ser esta uma função do Estado, na qual deve-se buscar a pacificação, de forma imparcial, entre conflitos que envolvam titulares de interesses utilizando-se da justiça e aplicação do direito objetivo como meio de solução. Os autores definem que a jurisdição é ao mesmo tempo poder, ou seja, a imperatividade estatal para impor decisões; função, de reponsabilidade dos órgãos estatais de promover a pacificação aplicando o direito justo e; atividade, atos judiciais com vistas a exercer seu poder e cumprir sua função incumbida por lei, visando à solução de conflitos.

A jurisdição indígena, por sua vez, abrange os sistemas de justiça ou de resolução de conflitos aplicáveis aos povos indígenas dentro de um âmbito territorial no qual, autoridades ou instituições assumem a competência para deliberação de tais conflitos, contudo, a amplitude desta jurisdição depende do grau de reconhecimento dos indígenas pelo poder dominante. (SI-DEKUM; WOLKMER; RADAELLI, 2016, p. 491).

Dentro deste contexto, para que a jurisdição seja garantida de forma efetiva, necessário admitir e aceitar os indígenas como tais, reconhecendo a autonomia e autodeterminação destas comunidades, levando-se em consideração a jurisdição interna de cada povo e como se organizam para solucionar seus conflitos internos, sempre respeitando os direitos fundamentais.

Desta forma, pode-se concluir que a cidadania e a jurisdição indígena são dois institutos que caminham juntos, sendo o acesso à justiça pelos povos indígenas possível apenas através do exercício de sua cidadania plena.

## **A Constituição Federal de 1988 e os Direitos Humanos**

Após um longo período de regime militar, a Carta Magna de 1988 surge trazendo um processo de redemocratização do Brasil no âmbito jurídico através de um regime político democrático, no qual são consolidadas garantias legislativas e direitos fundamentais; conhecida como Constituição Cidadã, devido à ampla participação popular em sua elaboração, traz em seu corpo o reconhecimento de obrigações internacionais elevando, de forma significativa, a questão dos direitos humanos que até então não eram, de fato, aplicados no país. (PIOVESAN, 2013, p. 84).

A Constituição, desde o seu preâmbulo, busca trazer a noção de um Estado Democrático de Direito tendo dentre os seus valores essenciais à questão da cidadania e o princípio da dignidade da pessoa humana. Sustenta-se ser, neste último, que a ordem jurídica encontra o seu próprio sentido, seja em âmbito nacional ou internacional (PIOVESAN, 2013, p.89), tendo em vista ser a dignidade humana um direito inerente a qualquer indivíduo no mundo, tal como dita o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.” (Assembleia Geral da ONU, 1948).

O rol previsto nos incisos do art. 4º da Carta dispõem a respeito de uma orientação internacional retratada pelos princípios da prevalência dos Direitos

Humanos, da autodeterminação dos povos, do repúdio ao terrorismo e ao racismo e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. (BRASIL, 1988). De acordo com Piovesan (2013, p. 93), sendo os direitos humanos o princípio que rege o Brasil em uma esfera internacional, além de engajar o país no processo da concepção de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, acaba também por integrar tais regras na ordem jurídica interna brasileira contribuindo para o sucesso na ratificação de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Os direitos humanos estão previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, mediante a Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral, estabelecida como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações (ONU, [20--]), são definidos como um conjunto de direitos indispensáveis para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade, assim, representam valores essenciais que são retratados em Constituições e tratados internacionais. (Ramos, 2017, p. 21).

O reconhecimento destes direitos internacionais se faz cristalino diante do §2º do art. 5º da Constituição (Brasil, 1988), ao destacar que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Deste feito, os direitos declarados nos tratados internacionais são protegidos como se normas constitucionais fossem projetando-se a busca, cada vez mais eficaz, da proteção da dignidade da pessoa humana. (PIOVESAN, 2013, p. 113). Podemos destacar, ainda, o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5O DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. **O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.** Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO

DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão “depositário infiel” insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (STF - RE: 349703 RS, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675)

## As Garantias Constitucionais

Quando da elaboração da Constituição Cidadã, em seu Título VIII “Da Ordem Social” foi garantido um capítulo específico aos povos indígenas, responsável pelo afastamento, que vigorava até então, de uma perspectiva assimilacionista e integracionista na qual os indígenas eram considerados como relativamente incapazes, acabando, por conseguinte, com a noção de tutela e garantindo uma cidadania plena de direitos a estas comunidades. (OLIVEIRA, 2015, p. 44)

O Capítulo “Dos Índios” (Brasil, 1988) é composto pelos artigos 231 e 232, que asseguram aos povos indígenas direitos originários sobre suas terras, ou seja, um direito anterior à formação do próprio Estado, além do reconhecimento de suas organizações sociais, costumes, crenças, tradições e de sua capacidade processual, permitindo que as comunidades e organizações indígenas configurem-se como partes legítimas para ajuizamento de ações na defesa de seus direitos e interesses, desde que mediado pelo Ministério Público.

Ainda, a Constituição (1988) assegura às populações indígenas acesso a um ensino básico com a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem (art. 210, §2º), fortalecedor do direito a diferença; direito a posse permanente de suas terras, com exclusivo usufruto das riquezas da natureza nele existente (art. 231 §2º); a proibição de remoção destas comunidades de suas terras (art. 231, §5º) e; valorização e proteção estatal das manifestações culturais indígenas (art. 215, §1º). Desta forma, tais preceitos dão base para a construção de uma sociedade pautada na pluriétnicidade e no

multiculturalismo.

Da data da declaração da Constituição em 1988, os direitos e garantias aos povos indígenas, apesar de positivados, ainda restavam um tanto quanto confusos, tendo em vista que até então vigorava o Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/1973 (Brasil, 1973) responsável por regular a situação jurídica das comunidades indígenas, com o propósito de preservar suas culturas, porém com a ideia de integrar o indígena a comunhão nacional. Desta maneira, continuou vigorando o Estatuto do Índio sem alguns de seus artigos que não foram recepcionados pela Constituição, tais como os que abordavam a questão da capacidade civil e do regime tutelar.

Neste ínterim, válido ressaltar que o Código Civil de 2002 (Brasil), nos ditames de seu art. 4º, parágrafo único, trouxe o entendimento de que a capacidade civil dos povos indígenas deveria ser regulada por legislação especial, pendência que resta em aberto até hoje. Contudo, apesar da grande dualidade judicial que rodeia esta questão, tendo em vista a não regulamentação de uma lei específica, a Constituição ao conferir capacidade processual, de modo expresso, aos indígenas (sendo esta a capacidade de estar em juízo, um atributo da personalidade, ou seja, a possibilidade de contrair direitos e assumir obrigações na ordem jurídicas), é possível concluir que, por conseguinte, reconhece, também, a capacidade civil apesar da não positivação do instituto. (Vitorelli, 2018, p. 81).

Isto posto, pode-se dizer que, apesar deste entendimento, muitas vezes o judiciário passa por cima deste debate, deixando de lado as considerações Constitucionais, utilizando-se continuamente do Estatuto do Índio como base para resolução de lides que envolvam os povos indígenas. Apesar do grande avanço que a Carta trouxe a estas populações, ainda há uma grande divergência de posições sobre o tema, principalmente no que diz respeito a capacidade civil destas, acarretando uma violação ao reconhecimento da cidadania e jurisdição que deveriam ser garantidas aos indígenas, uma infração a dignidade humana destas comunidades.

Conclui-se, portanto, que na teoria os povos indígenas, a partir da Constituição Federal de 1988, obtiveram a garantia a uma cidadania plena, de viverem e serem reconhecidos conforme seus costumes e culturas havendo respeito a suas jurisdições e tradições, ou seja, todos os direitos inerentes a povos, nações e cidadãos em geral, também se aplicam aos indígenas agregando, assim, uma visão pluriétnica na sociedade.

Entretanto na prática, não se observa o mesmo, constantemente é possível se deparar com notícias que relatam infrações aos direitos indígenas, instalando-se um processo de genocídio das comunidades, tendo em vista o garimpo ilegal que se estabelece em terras demarcadas como terras indígenas e disputa pelas mesmas, resultantes em mortes e afastamento dos povos originários de seus territórios. Junto a isso, os órgãos e instituições competentes para fiscalizar o cumprimento dos direitos inerentes a estes indivíduos se silenciam diante de certos conflitos, levando as aldeias indígenas a uma condi-

ção de esquecimento e miséria.

Tal como leciona Vilmar Martins Moura Guarany em seu ensaio autoral publicado junto ao livro de Araújo (2006, p. 163), frente ao desafio para a construção e exercício de uma cidadania indígena plena, necessário se faz informar a sociedade no seu geral sobre a situação destes povos na atualidade informando quem são quais seus valores, direitos e obrigações, reconhecendo-se de fato a diversidade pluriétnica presente na nação brasileira e o respeito aos direitos humanos constante dos pactos internacionais ratificados pelo país.

## **Tratados Internacionais Sobre Direitos Indígenas**

No ordenamento jurídico internacional, estão presentes como principais tratados a respeito dos direitos dos povos indígenas: a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Passa-se agora a analisar ambos os tratados e suas garantias fundamentais, bem como sua efetiva aplicação no Brasil e reflexos nos institutos da cidadania e jurisdição indígena.

A Convenção 169 da OIT, foi regulamentada pelo Brasil, através do Decreto nº 5.051 de 19 de abril de 2004, revogado recentemente pelo Decreto nº 10.088 de 5 de novembro de 2019, representada neste último pelo “Anexo LXXII”, possuindo força de norma supralegal como exposto anteriormente. A Convenção é composta, na sua integralidade, de normas de direitos humanos que regulam direitos inerentes à dignidade da pessoa humana (Vitorelli, 2015, p. 52), sendo o primeiro instrumento internacional ratificado pelo Brasil a tratar sobre os direitos coletivos das populações indígenas. A Convenção é composta por 44 artigos, visando o respeito às instituições, formas de vida, desenvolvimento econômico e fortalecimento das identidades, línguas e religiões indígenas, de forma igualitária e autônoma, sendo dever do Estado à proteção destes valores, sempre consultando os povos interessados (RAMOS, 2017, p. 283).

Ao analisar o escopo da Convenção 169, relata-se que a mesma estabelece a necessidade de adoção do termo “povos indígenas” no âmbito do direito interno; traz o princípio da auto identificação como critério de determinação; o direito a consulta a respeito de medidas legislativas que venham a afetar os direitos indígenas; direito de decidirem suas próprias prioridades de desenvolvimento; direito a participarem da formulação de planos e programas nacionais de desenvolvimento que os afetem; direito sobre suas terras, bem como a terras adicionais, quando aquelas não forem suficientes para a garantia de uma existência digna (ARAÚJO, 2006, p. 59); ainda, trata do direito ao trabalho e medidas de cunho igualitário e protetivo nas relações de trabalho; direito a educação, respeitando seus modos de educação e seus idiomas, direito à autodeterminação; dentre outros direitos fundamentais.

Enquanto isso, a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indí-

genas aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 13 de setembro de 2007, reconhece às comunidades indígenas o direito à livre determinação, ou seja, o direito de decidirem livremente sobre o seu presente e futuro conforme suas culturas e organizações; o direito a terra, territórios e seus recursos naturais; direito de utilizarem os seus próprios sistemas jurídicos e; o direito de manter, desenvolver e transmitir suas culturas e crenças. (FRANCO, 2008)

Sua redação foi dada com a participação histórica dos povos indígenas de todo o mundo afirmando, de modo geral, uma ampla visão dos direitos humanos e liberdades fundamentais destes, enfatizando a importância e a necessidade dos Estados signatários reconhecerem a igualdade de direitos e proibição das discriminações, em total respeito ao direito de ser diferente e de viver conforme suas diferenças, seu autogoverno e autonomia. Ainda, o texto destaca a necessidade de uma relação democrática entre os indígenas e os governos em que estão inseridos. Desta forma, a Declaração foi um marco no direito internacional dos direitos humanos, afirmando a existência de mais de 370 milhões de indígenas ao redor do mundo, sujeitos de direitos específicos, que devem ser protegidos e promovidos, sempre em consonância com a consulta a estes povos. (FRANCO, 2008, p. 23).

Abordando a questão da cidadania e jurisdição indígena, em termos normativos globais, os dois instrumentos expostos trazem grandes avanços a garantia das mesmas. Em relação à cidadania, a Convenção 169 da OIT reconhece a existência de diferentes povos no interior de um mesmo Estado, estabelecendo novas formas de relação entre estes, culminando para o fim do modelo de tutela indígena, estabelecendo a participação destas comunidades em todas as políticas e programas que venham a afeta-los de forma direta e indireta, inaugurando um novo relacionamento político, cultural, ético e moral entre Estado, sociedade e indígenas, visando o reconhecimento das múltiplas identidades presentes dentro do país, trazendo à tona o conceito de plurinacionalidade; na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas é garantida autonomia, autogoverno e autodeterminação a estas populações, sendo estes conceitos chaves para a promoção efetiva da cidadania. (SIDEKUM; WOLKMER; RADAELLI, 2016, p. 88).

No que tange a jurisdição indígena, nos ditames da Convenção, observa-se que a mesma reconhece as aspirações destes povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida, seu desenvolvimento econômico, além de manter suas identidades, línguas e religiões no âmbito dos Estados onde se encontram, em total respeito ao seu direito consuetudinário e em coexistência com os direitos fundamentais internos e direitos humanos em um âmbito internacional; ainda, na Declaração da ONU, que adotou o conceito da livre determinação, concretizou que os indígenas possuem a mesma dignidade e direitos que todos os povos reconhecendo, assim, os sistemas jurídicos indígenas em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos a fim de fundar um pluralismo jurídico igualitário. (SIDEKUM; WOLKMER; RADAELLI, 2016, p. 497).

Logo, é nítida a necessidade de aceitação e aplicação destes tratados de forma tácita, devendo o Estado garantir e respeitar os direitos fundamentais assegurados aos povos indígenas, de maneira a reconhecê-los como cidadãos brasileiros conforme suas culturas e costumes, de acordo com os direitos fundamentais e direitos humanos normatizados em ambos, bem como no ordenamento interno brasileiro, tornando-se concreta a ideia de um pluralismo jurídico comunitário e participativo.

Apenas para deixar claro o conceito exposto, conforme leciona WOLKMER (2001, p. 230) a estrutura de uma sociedade é composta de pluralidades e diferenças, sendo necessária a implementação de um pluralismo progressista, que visa uma estratégia democrática de integração, com o intuito de estimular e promover a participação de múltiplas massas populares na política do Estado em que inseridas. Desta forma, a emergência de novos sujeitos coletivos em uma sociedade leva a necessidade da satisfação de suas garantias humanas fundamentais havendo uma reordenação do espaço público, a fim de colocar em prática uma política democrático-comunitária descentralizada e participativa, ou seja, um pluralismo jurídico comunitário e participativo.

## **A Eficácia das Garantias Fundamentais e o Papel da Mídia**

Por meio do todo exposto até agora, resta clara a noção de que os indígenas são considerados cidadãos natos, detentores de uma capacidade civil plena e jurisdição própria, presumindo-se serem indivíduos dignos de direitos fundamentais, preconizados em normas tanto de âmbito nacional e interno, quanto de âmbito internacional, o que impulsiona o verdadeiro reconhecimento dos povos indígenas como povos diferentes, munidos de direitos para determinarem suas prioridades e participarem das decisões de políticas públicas que lhes dizem respeito, sempre assegurando seu direito consuetudinário. Contudo, apesar disto, o ordenamento jurídico brasileiro ainda é omissivo na regulamentação de uma legislação específica as comunidades indígenas, o que acaba por gerar uma grande dualidade judicial a respeito dos direitos destes povos e uma falta de amparo legal, culminando para um estado de miséria e esquecimento destas populações.

Diante do atual cenário mundial e a crise epidemiológica que afeta a sociedade em seu todo, incluindo as populações indígenas, observa-se como a atuação estatal na proteção e garantia de direitos fundamentais a estes povos é falha. No mês de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou a pandemia de Covid-19, uma doença respiratória causada pelo coronavírus e, sendo os povos indígenas sujeitos mais vulneráveis a doenças – tendo em vista o seu modo de vida simples – os órgãos responsáveis pelas políticas de saúde indígena, tais como a Secretária Especial de Saúde Indígena (SESAI) e a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), deveriam se prontificar e dar o máximo de suporte a estas populações, principalmente aos povos indígenas isolados, mas não foi o que ocorreu. (CONSELHO INDIGENISTA



MISSIONÁRIO).

Foi estipulado em março, através do Projeto de Lei nº 1.142/2020, um Plano Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 nos territórios indígenas, tendo sido sancionado pelo atual Presidente da República apenas no dia 7 de julho, com 22 vetos, dentre eles o fornecimento de água potável as aldeias, materiais de higiene e limpeza, acesso a leitos hospitalares e UTIs, provimento de pontos de internet para viabilizar acesso a informações e evitar o deslocamento de indígenas e centros urbanos, distribuição de cestas básicas, sementes e ferramentas agrícolas, dentre outros direitos básicos e inerentes a qualquer cidadão vê-se, portanto, um total desrespeito a cidadania indígena e aos direitos humanos. Apesar disto, em votação, o Congresso Nacional derrubou 16, dos 22 vetos do Presidente. (ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL).

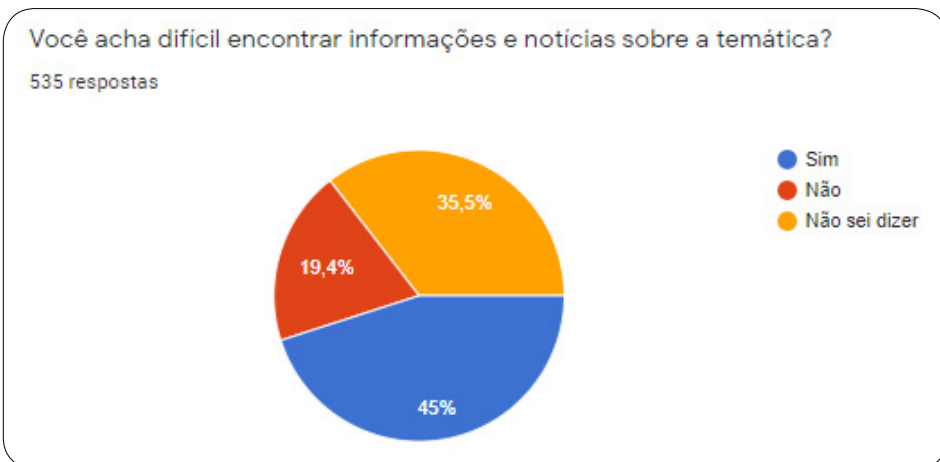
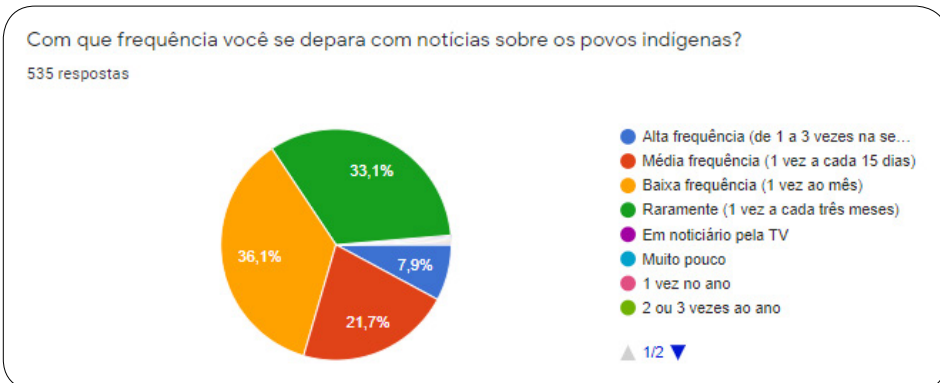
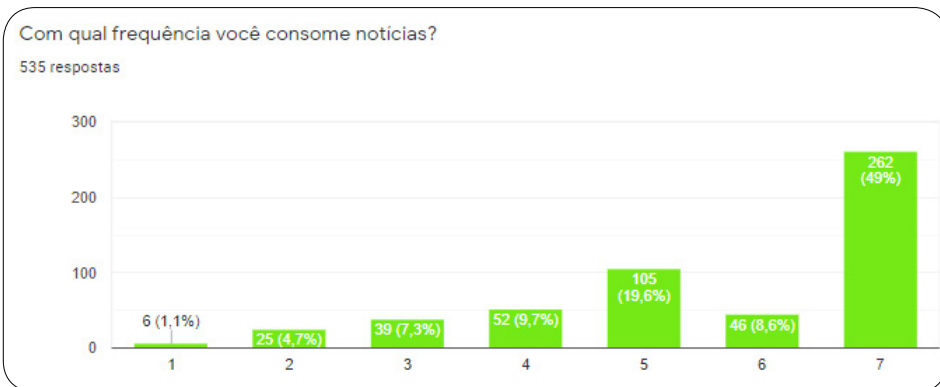
Não obstante, válido ressaltar a negligência do Governo para com os povos originários, no que diz respeito ao orçamento da SESAI, Secretaria responsável pela aplicação de políticas públicas de saúde indígena, a Articulação dos Povos Indígenas - APIB (2020) demonstra que, em comparação com o ano de 2019, os gastos com saúde nos meses de abril e maio foram 9% menores, enquanto os números de indivíduos indígenas contaminados só aumentavam.

Por fim, a partir de movimentações indígenas, a APIB associado à Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ e a seis partidos políticos brasileiros, interpuseram a ADPF 709, a fim de impugnar a omissão do governo federal no combate a pandemia e exigir providências quanto ao risco de genocídio das comunidades indígenas e quilombolas (ARAÚJO JUNIOR). A ação requereu ao governo federal a instalação de barreiras sanitárias em territórios onde vivem povos indígenas isolados e de recente contato, a retirada de invasores garimpeiros de terras indígenas, o atendimento do SESAI a todos os indígenas, inclusive os que se encontram em contexto urbano, bem como a elaboração de um plano de enfrentamento à Covid-19.

A partir deste cenário caótico observado durante os últimos meses em relação aos direitos e garantias fundamentais as comunidades indígenas, fora elaborado um formulário para coletar dados a respeito do reflexo da ação midiática neste contexto. Tendo em vista ser a mídia o maior meio de divulgação de notícias e informações, é necessário que esta cumpra com o seu papel e ilustre de maneira clara e autêntica a situação destes povos. Com mais de 500 respostas de pessoas de todas as idades, classes e meios sociais, foi possível perceber como há uma falha e omissão da mídia no que tange a comunicação com a sociedade em relação aos acontecimentos que atingem as populações indígenas diariamente.

Dentre as perguntas feitas no questionário, julgou-se válido saber a frequência com qual as pessoas consomem notícias, a regularidade em que se deparavam com notícias sobre os povos indígenas e o quão difícil era para os entrevistados encontrarem informações e notícias sobre estas comunidades.

À vista disso, foi possível perceber que a desinformação sobre os direitos indígenas e as situações das aldeias em que vivem é significativa e, apesar de a grande maioria dos entrevistados consumirem notícias todos os dias da semana, a frequência com que se deparavam com relatos sobre os povos indígenas é baixa e rara, concluindo-se a dificuldade em encontrar notícias e informações que debatam as questões indígenas, o que demonstra uma total ausência da ação informativa midiática. Seguem gráficos obtidos:



## Conclusão

A partir dos dados e discussões expostos, compreende-se que, apesar da positivação das normas indígenas, tanto no ordenamento interno, quanto em âmbito internacional, não há o devido respeito às mesmas por parte do Estado e órgãos públicos, que deveriam garantir uma dignidade humana baseada em direitos humanos e garantias fundamentais às comunidades indígenas. Constantemente nos deparamos com lacunas no ordenamento jurídico e falhas na aplicação do direito de forma concreta, restando demonstrada a negligências do Poder Público, através da omissão do mesmo.

Ocorre que, para que haja uma garantia digna de seus direitos, necessário se faz o reconhecimento de seu direito consuetudinário e, ainda, que seja redigida uma nova legislação específica às populações indígenas, baseada em suas culturas e costumes, devendo ser formulada junto aos povos originários, ou seja, dando voz a estas comunidades e as suas preferências, para que estes de fato exerçam o seu direito a consulta e, para que assim, se solidifique plenamente a cidadania, o respeito as suas jurisdições e capacidade civil destes.

Frisa-se ainda, a necessidade de criação de novas políticas públicas destinadas à garantia a uma saúde e educação de qualidade, sempre focando na sua cultura, envolvendo a medicina natural trazida pela ancestralidade indígena e o seu dialeto materno. Desta forma, é fundamental conhecer a realidade das comunidades indígenas, seus modos de vidas tradicionais e o papel de seus territórios, tendo em vista não haver indígenas, se não houver a proteção à mãe-terra e a demarcação de suas terras.

Logo, podemos concluir que é imperioso uma reformulação dos direitos indígenas e da relação destes com o Estado e a sociedade que os rodeiam, para que haja uma aplicação coerente e digna de seus direitos fundamentais e humanos, pois, apenas assim estes poderão exercer plenamente seus direitos como cidadãos brasileiros, mas mantendo seus costumes e culturas.

## Referências

ARAÚJO, Ana Valéria. **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

ARAUJO JUNIOR, Julio José. ADPF 709: a voz indígena contra o genocídio: utilização direta do controle concentrado de constitucionalidade representa um marco na defesa de direitos indígenas. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/adpf-709-a-voz-indigena-contra-o-genocidio-08072020>>. Acesso em: 10 out. 2020.

ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. “Quantos indígenas precisam morrer para o Governo implementar um plano emergencial?”. 2020. Disponível em: <<https://apiboficial.org/2020/08/21/quantos-indigenas-precisam-morrer-para-o-governo-implementar-um-plano-emergencial/>>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 dez. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm)>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 07 out. 2020.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. A pandemia do novo coronavírus e os povos indígenas: informações sobre como a pandemia afeta os povos indígenas e orientações para prevenir o contágio. Brasília: CIMI, 2020. Disponível em: <<https://cimi.org.br/pandemiaeos povos/>>. Acesso em: 10 out. 2020.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris**. 10 dez. 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 07 out. 2020.

FRANCO, Fernanda. Um Olhar Indígena sobre a Declaração das Nações Unidas. Olinda/pe: Apoinme, 2008.

MORAES, Alexandre de; KIM, Richard Pae. Cidadania: o novo conceito jurídico e a sua relação com os direitos fundamentais individuais e coletivos. São Paulo: Atlas, 2013.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Brasília: ONU, [20--]. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 08 out. 2020.

OLIVEIRA, Bruno Pacheco de. Quebra a cabeça e espalha a semente: desafios para um protagonismo indígena. Rio de Janeiro: E-Papers, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SIDEKUM, Antonio; WOLKMER, Antonio Carlos; RADAELLI, Samuel Manika. **Enciclopédia Latino-Americana dos Direitos Humanos**. Blumenau: Edifurb; Nova Harmonia, 2016.

VITTORELLI, Edilson. **Estatuto do Índio**: Lei 6.001/1973. 4. ed. Campinas: Juspodivm, 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura de direito. 3. ed. São Paulo, 2001.

# ***FAKE WRITERS E FAKE NEWS: O EMBATE ENTRE O DIREITO AO ACESSO À INFORMAÇÃO CONFIÁVEL E A FORMAÇÃO E EXPRESSÃO DE OPINIÕES VOLÁTEIS COMO OBSTÁCULO AO CRESCIMENTO DEMOCRÁTICO, DESENVOLVIMENTO DO ECOSISTEMA SOCIAL DIGITAL E RESPONSABILIDADE CIVIL EMPRESARIAL***

**Larissa Almeida Rodrigues**

Pós-graduanda em Direito Internacional Aplicado pela Escola Brasileira de Direito. Advogada, inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil sob o n. 427.280. Bacharel em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

**Paulo Augusto Rolim de Moura**

Pós-Graduado em Direito do Trabalho pela Cogeaec-PUCSP. Pós-Graduado em Gestão Estratégica de Escritórios pela EPD. Advogado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil sob o n. 258.814. Bacharel em Ciências Sociais e Jurídicas pela PUC-Campinas

## **Resumo:**

O desenvolvimento das relações digitais, conquanto tenha contribuído para assegurar o direito de livre expressão, tem contribuído para o crescimento e alastramento de informações que interferem na formação da opinião social e cultural de um povo. Tal fato é agravado nos meios digitais, onde a conferência da origem e veracidade das informações divulgadas nem sempre são fáceis de se fazer, o que também dificulta a punição daquele que veicula fatos e notícias que, intencionalmente, não condizem com a realidade, ou que, ainda que verídicas, em grande parte são distorcidas para que se encaixem na realidade desejada. Desta forma, a manipulação das *fake News* em meio digital torna-se um grande problema ao desenvolvimento social e grave ameaça à democracia e aos direitos essenciais, posto que a população perde a referência acerca da veracidade das informações. O presente artigo tem por base a opinião no ecossistema digital e a divulgação *fake news* e a responsabilidade de seus propagadores.

**Palavras-chave:** *Fake News*; *Fake Writers*; Ecossistema social digital; Responsabilidade empresarial; Formação de opinião.

Vivemos em uma sociedade baseada na informação advinda de todos os meios de comunicação, sendo as redes sociais a maior e melhor forma de espalhar notícias. Contudo, o grande empecilho é a veracidade das informações ou, melhor, a conferência desta, posto que, na mesma proporção que as redes tecnológicas permitiram a fácil, rápida e democrática divulgação das informações, permitiram também a divulgação de inverdades, mentiras e até mesmos, discursos criados artificialmente para induzir a conclusões equivocadas, tornando cada vez mais complexa a distinção e eliminação destas *fake news* sem atingir a liberdade de expressão, tornando essencial a discussão acerca deste conflito aparente entre este e o direito à informação confiável.

Vale ressaltar também o fato de que a informação independe de fronteiras, ainda mais considerando o ambiente digital que muito embora pareça democrático, muitas vezes tem sido utilizado para divulgar informações e notícias focadas em interesses de determinadas classes ou indivíduos.

Para a resposta a esse questionamento é necessário que se tenha em mente o conceito básico das *fake news* em comparação com o conceito de desinformação. Assim, de plano, tem-se que as *fake news* não são um conceito novo, tendo sido cunhado no século XX para caracterizar uma ideologia política, danificando a verdade que era transmitida.

O dicionário de Oxford considerou *post-truth* como a palavra o ano e estabeleceu a definição como “um adjetivo relacionado ou evidenciado por circunstâncias em que fatos objetivos têm menos poder de influência na formação da opinião publicado que apelos por emoções ou crenças pessoais”. Ao mesmo tempo, *fake News*, ou notícia falsa, é um termo tão onipresente hoje que é difícil acreditar que há algum tempo quase nunca se usava. Na realidade, embora muitos pensem que *fake News* é um termo cunhado no período recente, ele não é novo. De acordo com o dicionário Merriam-Webster, o termo existe há mais de cem anos e “entrou para o uso geral no final do século XIX para se referir a “uma política vista como danosa a agência, entidade ou pessoa”.<sup>1</sup>

Ora, tomando por referência a citação anterior, verificamos que muito antes do século XX se veiculava uma notícia falsa – *fake news* – que identifica nosso ideal político até os dias de hoje, o ideal da Projeção de Mercator do mapa mundi, o qual identifica os países desenvolvidos, países do norte, e subdesenvolvidos, países do sul.

Desta forma, estabelecido que a fake news não é um fenômeno novo – mas algo que ganhou exponencial potência pela evolução dos meios de comunicação –, é impossível não analisar esse fenômeno dentro do seu ambiente de maior proliferação: a realidade digital.

Hoje, mais que em qualquer momento anterior de nossa evolução, os

---

<sup>1</sup> CARDOSO, Ivelise de Almeida. Propagação e Influência de Pós-Verdade e Fake News na Opinião Pública. 2019. 139 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Comunicação, Comunicação, Usp, São Paulo, 2019.

meios de obtenção, produção e divulgação de informações e opiniões estão absolutamente democratizados, sendo possível a qualquer um com acesso a internet realizar um furo de reportagem ou divulgar uma bem engendrada mentira para prejudicar alguém ou alguma coisa.

E, com essa amplitude de acesso e possibilidades de divulgação, torna-se cada vez mais complexa a identificação da origem e validação daquela notícia, a qual não poucas vezes já se tornou viral antes mesmo de se saber se é verdadeira ou não, tornando-se cada vez mais comum e habitual que uma notícia surgida nos rincões de um país seja reproduzida, como meme ou como verdade, no polo oposto do planeta.

Assim, vê-se que a essência da *fake news* é a ideia de veicular a informação de acordo com os interesses de determinados grupos sociais sendo uma forma de manipulação de interesses. Desta forma, por vezes, a essência da notícia não é inverídica, contudo, tem sua verdade direcionada a manipulação da opinião pública.

A sua existência, em essência ao menos, não é nova, muito menos decorre das tecnologias de divulgação de informação ou as redes sociais, surgindo quase que conjuntamente com o modelo de negócios que a sustenta: a troca de conteúdo e informação (verdadeiras ou não) por atenção a anúncios publicitários, nominados por Tim Wu como “mercadores da atenção”.

Essa união de notícias e publicidade surgiu em meados do século XIX com a criação de jornais focados em uma audiência mais ampla – e que, por essa razão, precisavam ser mais baratos –, resultando venda de espaços publicitários. Com o sucesso desta empreitada e o surgimento de outros jornais explorando esta mesma estratégia, as notícias tornaram-se cada vez mais sensacionalistas, desprezando-se a objetividade e a verdade factual em prol de notícias que atraíssem mais consumidores. Conforme explicita Tim Wu:

Já vimos o *modus operandi* básico dos mercadores da atenção: obter atenção com coisas aparentemente gratuitas e revendê-la. Mas uma consequência desse modelo é uma total dependência da aquisição e manutenção da atenção. Isso significa que, sob a competição de mercado, o embate seguirá naturalmente rumo ao fundo do poço; a busca por atenção vai quase invariavelmente tender para a alternativa mais chocante, espalhafatosa e ultrajante [...]. A corrida em direção aos mais baixos padrões, apelando para o que se poderia chamar de instintos básicos do público, representa um dilema fundamental e contínuo para o mercador da atenção—até onde ele está disposto a ir para prender a atenção das pessoas.

O grande problema com esta sistemática está no desaparecimento da distinção essencial entre notícia e opinião, com consequente manipulação do referencial social da opinião pública. Como expõem Luis Felipe Miguel e Flávio Biroli (2011, p. 14):

[...] a mídia ocupa posição central neste processo de identificação e

afirmação do que é relevante social e politicamente: é mesmo a fiadora da relevância das temáticas, tanto nas disputas eleitorais quanto no cotidiano das interações entre os atores que participam do campo e entre esses atores e os cidadãos comuns. Em outras palavras, a mídia confere um ‘certificado de importância legítima’ àquilo que noticia e a quem faz parte do noticiário.

Esta realidade é agravada, no momento atual, pelo próprio movimento de globalização e a facilidade da disseminação de informações por meio das redes sociais, estas que dificultam a verificação da veracidade da informação.

Tal facilidade de disseminação tornou o ambiente digital um verdadeiro campo de guerra informacional, sendo utilizado com constante êxito para desestabilizar opositores, países e até mesmo políticas públicas de alcance mundial, como lamentavelmente pudemos ver durante a Pandemia que vivemos.

O impacto destas notícias e disseminação quase que automática de informações falsas já é causa de preocupação dos órgãos internacionais, tendo já em 2019 sido lançada esta questão como um dos desafios desta nova década que se inicia, para garantir não só o acesso amplo a internet como meio de informação e de exercício do direito de expressão e opinião, mas especialmente para estimular a criação de mecanismos independentes, universais e transparentes de supervisão desta nova realidade, assegurando o seu funcionamento coerente com os direitos e dignidade humana.

Reconhecemos, assim, que o conceito de Fake News como propagação de histórias falsas tanto de domínio micro quanto macro político pode remontar para bem antes do século XX. Entretanto, o conceito específico de Fake News que iremos abordar neste trabalho se volta para as Fake News como uma ferramenta específica política que tem espaço nas mídias digitais como as redes sociais, os blogs, ou até mesmo jornais e revistas claramente disseminadores de pautas escolhidas em razão de dar força política a um político. Podemos exemplificar com o canal televisivo Fox News e sua ligação com Donald Trump, e o canal de televisão russo RT e sua relação direta com Vladimir Putin.<sup>2</sup>

O melhor exemplo que temos é a influência das *fake news* sobre as políticas – mundial e local – pois, nestas situações as informações são manipuladas de acordo com o interesse do caso, sendo disseminados pela rede mundial de computadores. Portanto, é clara a influência da informação manipulada na formação da opinião de cada indivíduo.

Como mencionado acima, as Fake News são uma maneira eficaz de manipular a opinião pública, sendo mais comumente aplicado como artifício de poder político. De acordo com Snyder (2018), uma das principais intenções das Fake News é voltar a si mesma tornando o

---

2 PENA, Lara Pontes Juvencio. *Fake News. Uma breve análise acerca de sua trajetória internacional, consequências política e perspectiva jurídica*. v. 3; f. 1; pág. 136 a 150. 2018.



povo mais cético, ou seja, Fake News que dissemina que outras notícias/portais de notícias que não “os seus” são Fake News, desta forma trazendo lealdade do povo à suas pautas e que não se deve confiar em qualquer um, criando, assim, o momento histórico da pós-verdade e da guerra da informação.<sup>3</sup>

Uma consequência, talvez, impensada das *fake news* está na sua utilização como facilitadora de ferramentas de censura e restrição ao direito de expressão e opinião, por meio do qual Estados, entidades ou mesmo indivíduos não comprometidos com essa garantia fundamental utilizam-se e alcunham de *fake news* tudo aquilo que não está alinhado com os seus interesses e discurso oficial.

Conforme apresentação realizada junto à Comissão Europeia, *Turning Point for Media Freedom*, realizada em Gdansk, Polônia, em fevereiro de 2018, há uma crescente desconfiança nas instituições democráticas e institutos da imprensa, bem como de bloqueios e filtros arbitrários da internet sob argumento de combate às *fake news*.

De acordo com Snyder (2018), na mídia do Putinismo é imprescindível implantar na população por meio de Fake News o discurso de que o mundo, principalmente os Estados Unidos, são contra a Rússia ao mesmo tempo que os meios de comunicação russos difundem posições anti-ocidente e anti-Estados Unidos. Como já mencionado anteriormente, o canal russo de televisão RT é um dos mais infames portais de informação sob controle de Putin. Em suas tentativas de angariar maior contato internacionalmente, o canal de televisão RT, fundado pelo governo russo, deixou de ser só uma mídia local russa, transformando-se em um portal internacional, proporcionando conteúdo em línguas como inglês, francês, alemão, espanhol e árabe, tendo cada língua seu canal-anexo. As intenções de Putin de obter mais poder no campo mundial, desestabilizando o influente Estados Unidos da América, pode ser alegada.<sup>4</sup>

Outra faceta nefasta das *fake news* está no estímulo a discursos de ódio e de radicalização social, decorrendo esta diretamente da democratização e facilitação de acesso aos meios de produção, obtenção e, especialmente, divulgação de informações e opiniões, mesmo sem se distinguir as primeiras das segundas, passando como fato aquilo que, na verdade, é a visão de um grupo específico de indivíduos, cuja identidade não poucas vezes fica, se não oculta, obscurecida pelas redes sociais.

Com a facilidade trazida pela *internet* para tais atuações, tornou-se possível a criação de conteúdo, notícias e, por que não, fatos, focados não na realidade, mas sim na audiência específica que se pretende atingir, segregando

---

<sup>3</sup> *ibid.*

<sup>4</sup> CARVALHO, Luis Borges de. **A Democracia frustrada: fake news, política e liberdade de expressão nas redes sociais.** Internet e Sociedade: Internet e sociedade, Brasília, v. 1, n. 1, p. 172-199, 2020.

o público a depender dos interesses e afinidade com a matéria, conforme vaticina Jonathan Taplin (2017, p. 161):

Esta é a publicidade programática, [...] que agora domina a publicidade na Internet. Em primeiro lugar, ela prejudica o conteúdo de qualidade, porque o anunciante não está interessado no conteúdo do site. O seu único interesse é alcançar o usuário. Portanto, não há diferenciação entre o NYTimes.com e um site pornográfico. O New York Times investe milhões de dólares em seu conteúdo e espera receber taxas de anúncios premium com base no ‘ambiente’ de qualidade em que esses anúncios serão apresentados. Mas a publicidade programática destrói toda essa proposição de valor.<sup>5</sup>

Esse mercado focado em interesses e públicos específicos tornou-se uma atividade extremamente lucrativa, como destacou o jornal Folha de São Paulo já em 2017. Segundo apurou a referida reportagem “profissionais do mercado publicitário [...] estimaram que os anúncios do site rendam de R\$ 100 mil a R\$ 150 mil por mês, dos quais até 50% ficariam com o intermediário e o restante com o dono do site”<sup>6</sup>.

A amplitude e impacto global desta questão pode ser demonstrado pela publicação, em 2019, da *Declaração Conjunta do Vigésimo Aniversário: Desafios para a Liberdade de Expressão na Próxima Década*, assinada conjuntamente pela ONU, OSCE, OEA e CADHP, para as quais a proteção e promoção da liberdade de expressão, tanto no âmbito digital quando dos demais meios de comunicação e expressão, são uma medida premente e essencial a proteção dos direitos humanos.

Para tanto, as referidas organizações recomendam a criação de um ambiente que permita o exercício da liberdade de expressão, de acesso livre, aberto e incluso e protegido do controle privado da informação e dos meios de acesso, criando-se regras claras, transparentes e transnacionais de moderação, de forma a assegurar que não haja influência ou interesses políticos ou organizacionais influenciando ou definindo o que seria *fake news* e o que seria liberdade de expressão.

O referido documento assim delinea as condutas e salvaguardas que entende serem necessárias a este novo ambiente social digital:

A proteção e a promoção da liberdade de expressão requerem normas legais e sistemas regulatórios que a protejam de maneira adequada, especialmente no caso do ambiente digital, mas não unicamente neste. A fim de criar ambientes propícios para a liberdade de expressão, os Estados devem:

a. Tomar medidas imediatas e significativas para proteger a segurança dos jornalistas e outras pessoas que sejam atacadas por exercer seu direito à liberdade de expressão e para eliminar a impunidade de ditos

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/02/1859808-como-funciona-a-engrenagem-das-noticias-falsas-no-brasil.shtml>.

ataques.

**b.** Assegurar a proteção da liberdade de expressão dos marcos legais internos, regulatórios e regulamentários respeitando as normas internacionais, incluindo a limitação das restrições penais à liberdade de expressão para não dissuadir o debate público sobre assuntos de interesse público.

**c.** Promover a diversidade dos meios, mediante o apoio e à expressão de grupos marginalizados que estejam em risco de discriminação; o desenvolvimento de regras quanto à transparência da propriedade dos meios e a infraestrutura das telecomunicações; a adoção e a implementação de regras eficazes sobre o acesso à informação, e a definição cuidadosa de restrições de conteúdo segundo o direito internacional dos direitos humanos.

**d.** Assegurar que as entidades reguladoras dos meios de comunicação sejam independentes, funcionem de maneira transparente e respondam ao público, além de respeitar o princípio do alcance limitado da regulamentação e proporcionem supervisão dos atores privados.

**e.** Abordar os desafios econômicos mais importantes que os jornalistas e os meios de comunicação independente enfrentam, mediante o apoio aos meios locais e desenvolver regulações para mitigar os impactos negativos causados pelo domínio das empresas de publicidade online.

**f.** Respeitar as normas internacionais de direitos humanos, incluídas aquelas relacionadas à transparência, ao tentar regular ou influenciar nas expressões que circulam nas plataformas e meios online.

**g.** Abster-se de realizar restrições arbitrárias ou ilegais ao uso das tecnologias de encriptação e anonimato.

**h.** Tomar medidas imediatas a longo prazo para proibir a vigilância ilegal e arbitrária e o tráfico irresponsável de ferramentas da indústria comercial de spyware, que possuam efeitos prejudiciais consideráveis sobre o exercício da liberdade de opinião e expressão.

**i.** Dar devida atenção e proporcionar recursos para a alfabetização digital, assim como para a compreensão da informação e das comunicações digitais a curto e longo prazo.

Medidas estas que, segundo relatório do Shorestein Center, da Universidade de Harvard:

[...] a aparente concentração da circulação de notícias falsas torna a sua identificação e as intervenções efetuadas pelas plataformas bem simples. Embora existam exemplos de sites de notícias falsas que surtem do nada, na realidade, é provável que a maioria dessas notícias provenha de um número pequeno de sites. Identificar as responsabilidades das plataformas e obter a sua atuação proativa será essencial em qualquer estratégia de peso para enfrentar as notícias falsas. Se as plataformas conseguissem atenuar a disseminação de informações de apenas alguns sites, o problema das fake news poderia ser reduzido, de forma brusca, no curto prazo.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> *Ibid.*

A criação e instrumentalização destas políticas e estruturas de segurança e auto gestão de informação vai ao encontro das mais atuais posturas governamentais de reforçar a existência de consequências e, especialmente, de punições contra condutas realizadas por meio da internet. Entretanto, quanto mais avançam as tentativas de regulamentação desta questão, mais impactada se torna a liberdade de expressão, não sendo raros os enfrentamentos judiciais entre aqueles que buscam coibir *fake news* ou outras condutas assemelhadas e quem defenda a liberdade de expressão.

Nos Estados Unidos da América, apenas para exemplificar, desde o início da última década já existem decisões sobre o tema, partindo as discussões do direito constitucional à liberdade de expressão, contra a qual deve o acusador demonstrar, de forma clara da intenção de difamar, variando o grau desta prova a depender da publicidade dada a informação, bem como o interesse público envolvido.

In addition to the constitutional protections described above, a number of states have enacted statutes to deter strategic lawsuits against public participation (SLAPP), which often are filed to silence or intimidate defendants. Some anti-SLAPP laws allow defendants that have lawfully exercised their First Amendment rights in connection with matters of public concern to move for early dismissal of SLAPPs and, in some cases, to recover their attorney fees and costs from SLAPP plaintiffs. While such protections most often are invoked in response to defamation lawsuits, defendants also may be able to “SLAPPback” against abusive claims for intentional and negligent infliction of emotional distress and other common law claims that seek to curtail speech on issues of public interest. For example, in 2012, Esquire successfully invoked Washington, DC’s anti-SLAPP statute to dismiss claims of defamation, invasion of privacy, and tortious interference with business relations brought in connection with a fake news article published on its Web site.

Percebe-se, pois, que mesmo em países nos quais a liberdade de expressão já é reconhecida como direito fundamental e essencial do ser humano não se encontra fácil ou simples a possibilidade de regramento ou definição dos limites do exercício deste direito e o início da violação legal, especialmente quando a informação prestada, ainda que falsa ou equivocada, é reconhecida como de interesse público, definição esta que evidentemente se altera não só com o tempo, mas também a localização, cultura e grupo socialmente dominante que empodere esse interesse.

Em conclusão, é perceptível que as *fake news* ganharam um papel de relevo, não só nas atividades sociais, mas também em aspectos de alto impacto na sociedade, como disputas políticas, estratégias de saúde pública e, até mesmo, construção e destruição de marcas e imagens empresariais ou pessoais. Entretanto, por mais nobre e necessário que seja o combate a este tipo de conduta, seja pelos órgãos estatais, seja pelos próprios gestores das redes sociais, não

pode ser realizada sem severa fiscalização e claras e globais balizas, de maneira a impedir que tal combate oculte medidas contrárias a liberdade de expressão e opinião.

Desta forma, nos pareceu claro durante os estudos que as Fake News não são um fenômeno novo, mas que certamente ganhou nova expressão e potência com a Internet, especialmente pela equivocada visão de que este ambiente não permitiria a responsabilização de seus operadores, o que cada dia mais se prova não ser verdade.

Entretanto, tal necessidade, mais que uma barreira, há de ser vista como um convite e, especialmente, um estímulo a políticas amplas e efetivas de atuação, sob pena de se desacreditar a divulgação de informações sem geral em razão da existência das *fake news*, o que certamente tornaria impossível a manutenção da sociedade atual, especialmente no seu aspecto de troca de informações e ampla troca de conhecimentos e culturas entre os mais diversos – inclusive geograficamente -indivíduos.

Sem prejuízo, é evidente a necessidade mundial de organização de um sistema único, transparente e seguro de auto-gestão destas ocorrências, de maneira a evitar condutas de censura ou de supressão dos direitos de expressão e opinião, assegurando a utilização destas novas ferramentas de forma coerente com os direitos essenciais de todo ser humano e, em especial, da dignidade humana.

## Referências

CARDOSO, Ivelise de Almeida. Propagação e influência de pós-verdade e fake news na opinião pública. 2019. 139 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Comunicação, Comunicação, Usp, São Paulo, 2019.

CARVALHO, Luis Borges de. A Democracia frustrada: fake news, política e liberdade de expressão nas redes sociais. *Internet e Sociedade: Brasília*, v. 1, n. 1, p. 172-199, 2020.

MIGUEL, L. F., & BIROLI, F. **Caleidoscópio convexo**: mulheres, política e mídia. Unesp, São Paulo, 2011.

SNYDER, Timothy. **The road to unfreedom**: Russia, Europe, America. Estados Unidos da América: Tim Duggan Books, 2018.

KLEIN, David O.; WUELLER, Joshua R. Fake News: a legal perspective. *Internet Law, Virtual*, v. 20, n. 0, p. 6-13, abr. 2017.

LAZER, D., BAUM, M., GRINBERG, N., FRIEDLAND, L., JOSEPH, K., HOBBS, W., & MATTSSON, C. **Combating fake news**: an agenda for research and action. Harvard Kennedy School, Shorenstein Center on Media, Politics, and Public Policy, 2017. Acesso em 23 de novembro de 2020, disponível em <https://shorensteincenter.org/combating-fake-news-agenda-for-research/>

ONU, OSCE, OEA e CADHP (Londres). **Declaração Conjunta do Vigésimo Aniversário**: Desafios para a Liberdade de Expressão na Próxima Década. 2019. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle>.

asp?artID=1146&IID=4. Acesso em: 30 nov. 2020.

TAPLIN, J. **Move fast and break things**: how Facebook, Google and Amazon have cornered culture and what it means for all of us. Macmillan, Londres, 2017.

WU, T. **The attention merchants**: from daily newspaper to social media, how our time and attention is harvested and sold, 2016. Versão Kindle. Atlantic Books, Londres. Disponível em Amazon.com.

# MULHERES ATINGIDAS PELO ROMPIMENTO DE BARRAGENS: UM OLHAR TRANSDISCIPLINAR DE GÊNERO AS POLÍTICAS REPARATÓRIAS DO CASO SAMARCO PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

**Mariana Andrade Sobral**

Defensora Pública do Estado Espírito Santo. Presidenta da Associação de Defensores Públicos do Estado do Espírito Santo. Compôs o Núcleo de Defesa Agrária e Moradia e o Grupo Interdenfensorial do Rio Doce. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes de Sergipe

**Tchenna Fernandes Maso**

Doutoranda em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), mestre em Ciências Políticas e Relações Internacionais pela Universidade da Integração Latino-Americana (UNILA), graduada em direito pela Universidade Federal do Paraná

## **Resumo:**

Em 05 de novembro de 2015, rompeu a barragem de rejeitos de Fundão, em Mariana/MG, despejando minério de ferro na bacia do Rio Doce e litoral capixaba, tornando-se um dos maiores casos de desastre socioambiental da história. Inúmeras análises sociojurídicas debatem o processo reparatório e a efetivação dos direitos humanos, diante dos acordos estabelecidos. Esse trabalho, traz um olhar crítico sobre as dinâmicas de participação das populações atingidas e o uso de metodologias de diagnósticos de danos, especialmente na identificação dos impactos de gênero, bem como sua intersecção com raça. Parte-se dos trabalhos da Defensoria Público do Espírito Santo e do Movimento dos Atingidos e das Atingidas (MAB), apresentando um olhar interseccional para os danos, no uso da metodologia de observação participativa, para trazer um olhar das atingidas, construindo um caminho crítico e propositivo com atuação transdisciplinar de construção dos direitos humanos, e especialmente das mulheres.

**Palavras-chave:** Atingidas; Mulheres; Barragens; Acesso à Justiça; Defensoria Pública.

## Introdução

No dia 05 de novembro de 2015 rompeu a barragem de rejeitos de Fundação destruindo toda a bacia do Rio Doce e litoral capixaba. Surgindo o desafio de pensar em como efetivar a reparação integral para os diversos territórios afetados. Há um cenário bastante complexo dos impactos: deslocamento compulsório; perda de acesso ao trabalho e renda; acesso à água potável e de qualidade; impacto no turismo; afetação das áreas de lazer; novas dinâmicas territoriais impostas; danos à saúde. Todos esses fatores já compõe uma grande dificuldade em se construir a reparação integral desde uma perspectiva dos direitos humanos, com centralidade na vítima do conflito. Além deles, temos elementos anteriores que se somam e se aprofundam, sejam elas reflexos do exercício da atividade econômica da mineração, sejam negligências do estado, como baixos índices de escolaridade, falta de políticas públicas, fortemente presentes nesses territórios atingidos.

A reparação integral das comunidades norteadas pelos direitos humanos ensina que devemos buscar compreender como tanto esses passivos sociais históricos, como opressões estruturantes da sociedade brasileira como gênero e raça, vão também interferir no modo como cada impactada se efetiva no tecido social. Assim, compreender a transversalidade de recortes como gênero e raça, e a historicidade do caso permite encontrar a resolução mais próxima possível que possa reestabelecer a vida dessas comunidades.

Os impactos diferenciados entre mulheres e homens precisam ser analisados no conflito. Em nosso entender estão ligados à divisão sexual do trabalho e a reprodução do patriarcado como sistema de opressão. A questão de gênero e raça seria, portanto, transversal a toda a natureza de impactos decorrentes do caso. Em verdade, na indústria da mineração esse debate já possui um longo histórico, seja na inserção das mulheres na indústria seja nos impactos - enquanto os homens apresentam mais padecimentos ligados aos riscos e doenças enfrentados pelo trabalho na mineração, as mulheres, meninas têm padecido pela exposição prolongada à contaminação do ar e da água. Assim a divisão sexual do trabalho, está diretamente relacionada a vulnerabilidade social e econômica, pela precarização das atividades desempenhadas, e dessa forma, as mulheres no caso tem maior dificuldade de comprovar suas perdas, e serem reconhecidas. Essa mesma estrutura desigual da sociedade implica no não reconhecido dos impactos no que chamamos trabalho reprodutivo, todas as tarefas de cuidado necessárias para a reprodução e manutenção da vida, são desconsideradas, assim como na sociedade em geral, não sendo objetivo de políticas reparatórias. Ocorre, que após o rompimento essas tarefas, tomadas como alteridade feminina, se encontram mais difíceis de ser realizadas, pelo aumento dos casos de doenças, pelas dificuldades no acesso à água de qualidade, pela desestruturação emocional e financeira das famílias.

A estrutura patriarcal da sociedade impõe as mulheres as tarefas de cuidado, e dessa forma, quando pensamos em reconstruir as vidas nesses territó-



rios a participação ativa das mulheres é fundamental para a reconstrução dos tecidos social. Se almejamos que os territórios voltem a ter sua autonomia, assegurar as condições do trabalho e renda, e da economia do cuidado são as chaves para a efetivação.

Contudo essa não sendo a opção do poder judiciário, das empresas, na lógica dos acordos que vêm sendo firmados. Em março de 2016 as empresas e os estados firmaram um grande acordo para o caso, no qual a única menção é a prioridade de atendimento as mulheres, não há qualquer previsão nos 42 programas de algum atendimento específico, ou mesmo do estabelecimento de uma política transversal.

Desde 2016 tramita na justiça ação civil pública<sup>1</sup> movida pelo Ministério Público Federal (MPF) na qual foram celebrados mais três acordos, em todos eles não há nem um olhar de gênero e nem racial ao conflito. O que se observa é que o sistema de justiça tem aderido cada vez mais a linguagem e método próprio do mundo corporativo. Noções como mediação para a resolução de conflito entre atores com interesses tão diversos, condições completamente assimétricas de poder, mecanismos fiscalizatórios como *compliance* e auditorias, vão compondo um cenário de uso de “tecnologias resolutivas”<sup>2</sup> completamente distantes dos padrões de direitos humanos. Ademais, toda a captura corporativa das grandes corporações envolvidas do Estado, da mídia, devido ao seu poder político-econômico, vai em verdade impondo, essas como as únicas resoluções possíveis. Assim, o conflito que é claramente de violações de direitos humanos, da urgência da primazia destes, é sobreposto pelo interesse econômico, indo para o campo da negociação de interesses na lógica de contratualização dos conflitos<sup>3</sup>.

Na prática todos os quatro acordos estabelecidos no caso (TTAC; TAP; aditivo ao TAP; TAC GOV)<sup>4</sup> não implicaram em alterações do cenário da vida das mulheres atingidas, pelo contrário, acabaram por aprofundar as desigualdades de gênero. Dessa forma, a Defensoria Pública do Espírito Santo

- 1 Ação Civil Pública ajuizada pela Ministério Público Federal em face das EMPRESAS (processo no 0069758-61.2015.4.01.3400), em trâmite perante a 12ª Vara Federal Cível/Agrária de Minas Gerais
- 2 ZHOURI, Andréa et al. O desastre da Samarco e a política das afetações: classificações e ações que produzem o sofrimento social. **Cienc. Cult.**, São Paulo, v. 68, n. 3, p. 36-40, Sept. 2016. Available from <[http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252016000300012&lng=en&nrm=iso](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252016000300012&lng=en&nrm=iso)>. access on 15 Sept. 2020. <http://dx.doi.org/10.21800/2317-66602016000300012>
- 3 ACSELRAD, Henri. **Prefácio - Mediação e negociação de conflitos ambientais**. In: Viegas, R. N.; Pinto, R. G. & Garzon, L. N. *Negociação e acordo ambiental: o termo de ajustamento de conduta (TAC) como forma de tratamento dos conflitos ambientais*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2014, pp. 5-15
- 4 Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (“TTAC”) celebrado entre União, estados de Minas Gerais e Espírito Santo e empresas, que cria a Fundação Renova; Termo de Ajuste Preliminar (TAP) de janeiro de 2017 celebrado entre MPF e empresas; aditivo ao TAP de novembro de 2017, homologado em agosto de 2018, celebrado entre MPF e empresas; Termo de Ajuste de Conduta da Governança (TAC-GOV) homologado em agosto de 2018, celebrado entre empresas e MPF. Todos fazem parte da ACP acima referida.

em parceria com o MAB, começaram a construir metodologias diferentes da abordagem do caso para trazer dentro da perspectiva de direitos humanos o apontamento das violações aos direitos das mulheres como forma de romper a invisibilidade das mulheres atingidas, e propor caminhos para a implementação da transversalidade de gênero e raça na construção das políticas reparatórias.

## **Mulheres Atingidas pelo Rompimento da Barragem de Fundão: uma visão interseccional. Exclusão e aumento de desigualdades?**

A mulher atingida não deve ser vista de forma universalizada. Mostra-se relevante ampliar a abordagem para a intersecção além do gênero, com raça, religião, aspectos sociais, por exemplo. Djamilia Ribeiro (p 21 e 25) traz essa perspectiva interseccional, que corresponde à terceira onda do feminismo, e enfatiza a necessidade de voltar os olhos à opressão de caráter social, a qual não é posta em análises cujo foco é o capitalismo patriarcal.

Dentro de tal perspectiva, Cecília Campello (2015) nos alerta que os desastres ambientais possuem cor e esta cor é preta. Balizada em dados do IBGE, a pesquisadora apresenta a informação de que o distrito de Bento Rodrigues/MG é formado por 84,5% de não-brancos, o que deve se repetir nas demais comunidades, mineiras (e capixabas) atingidas pela lama. Segundo Campello,

Este poderia ser lido como mais um exemplo de desigualdade ambiental. Porém, quando observamos a cor da população mais diretamente atingida e somamos a isso o descaso letal da dupla capital privado-poder do Estado, vemos aí um quadro mais complexo, que aponta para uma ação governamental e empresarial – deliberada ou não - cujos efeitos são profundamente racistas.

Não fossem os sujeitos imediatamente afetados negros e pobres o comportamento das autoridades e gestores empresariais certamente seria outro. Atualmente, há reconhecimento formal como municípios atingidos dentro do Estado do Espírito Santo os municípios de Serra, Linhares, Fundão, Aracruz, Baixo Guandu, Conceição da Barra, São Mateus, Colatina, Marilândia e Sooretama<sup>5</sup>, todavia, não se descarta que o impacto socioambiental foi muito mais amplo, haja vista a existência de dados, advindos da pesquisa realizada pelo geofísico e professor Heitor Evangelista (2019), que comprova, por exemplo, a chegada da lama na região de Abrolhos, Bahia.

Ainda não temos dados científicos acerca das características étnico-raciais das pessoas atingidas, porém, as regiões acima citadas são constituídas

5 O litoral do Estado do Espírito Santo passou por um longo processo para reconhecimento como atingido pela lama da Samarco. Apesar de persistirem reclamações dos atingidos e atingidas acerca da implementação de programas, o municípios encontram-se expressamente previstos no mapa de atuação da Fundação Renova, disponível em <https://www.fundacaorenova.org/mapa-de-atuacao/>.

por comunidades tradicionais (ribeirinhas, indígenas, quilombola) que já sofrem impacto de grandes empreendimentos como Arcelor Mital, Estaleiro Jurong, estrada de ferro da Vale e Petrobrás. Há algum tempo, pesquisas iniciadas nos Estados Unidos demonstram graves situações de injustiça ambiental, que entrega uma sociedade de extrema desigualdade e, nesse contexto, “os grupos racialmente discriminados e as populações de baixa renda— enfim, grupos vulneráveis e marginalizados —a arcar com a carga mais pesada dos danos ambientais gerados pelo desenvolvimento” (SILVA, 2012, p. 88)

Cabe ainda, na perspectiva de racismo ambiental, relacionar a teoria apresentada pelo filósofo camaronês Achille Mbembe (MBEMBE, 2016) em seu ensaio intitulado *Necropolítica*, de acordo com a qual explica que, na atualidade, a soberania no seu ápice representa não mais o direito a vida, mas a capacidade de decidir quem morre, ou melhor, quem, de fato, importa para a sociedade dominante. A omissão do poder público, a falta de alterações nas legislações de licenciamento ambiental, a aplicação de tecnologias ultrapassadas de barragens e o desastre de Brumadinho mais uma vez com responsabilidade da Vale e com quase 400 mortos imediatos, demonstra o quanto essa população que fica à mercê dos impactos decorrentes do meio ambiente são descartáveis para o sistema. O racismo ambiental é, na verdade, um dos instrumentos da necropolítica apresentada.

Perpassando pela interseccionalidade da raça e consciência da existência de racismo ambiental como instrumento da necropolítica, passa-se a discussão de gênero e suas relações enquanto criações sociais com grande variedade de tempo e espaço, com forte influência em relação a classe econômica, raça, idade e outros fatores (TABOAS, 2014), portanto, existem características específicas das mulheres atingidas por barragem que devem ser conhecidas e analisadas para compreensão do contexto de exploração e de violação de direitos humanos que vivem.

No caso Samarco, há fortes indícios de que, mais uma vez, o poder político e econômico ataca o que é de mais importante para cidadania e liberdade: a autonomia econômica da mulher. A política de domesticação das mulheres, através de meios estratégicos, às vezes até mesmo institucionalizadas (leis), representa um projeto político para exercer o controle sobre a vida e corpos das mulheres com objetivo de “deixá-las sem autonomia nem poder social” (FREDERICI, 2017, p. 203).

Após os dados fornecidos pela Fundação Renova e aqueles produzidos em reuniões realizadas só com mulheres nos municípios de Linhares, Colatina, São Mateus e Baixo Guandu, localizados no Estado do Espírito Santo, restou possível iniciar o debate acerca dos programas socioeconômicos implementados e avançar com divulgação de dois documentos: Relatório Preliminar sobre a Situação da Mulher Atingida pelo Desastre do Rio Doce no Estado do Espírito Santo, Informações sobre a perspectiva de gênero nos dados de gestão da reparação aos danos causados pelo rompimento da barragem de Fundão, realizado pela Ramboll, e relatório da ouvidoria FGV.

Com base nas informações da própria Fundação Renova, apesar do cadastro integrado constar quantitativo parecido entre homens e mulheres, observa-se que há redução da participação da mulher já na oitiva para levantamento de dados, em que apenas 39% das pessoas entrevistadas eram gênero feminino, seguindo este decréscimo para a razão de 34% em relação a predominância masculina da pessoa responsável pelo domicílio, justificando tal dado a partir de dados do Censo demográfico do IBGE.<sup>6</sup>

E mais, a pessoa jurídica de direito privado, criada exclusivamente para empreender um processo de reparação e compensação de danos causados pelo rompimento da barragem de Fundão, justifica a discrepância na abrangência de atendimento às mulheres em “uma herança a cultura do patriarcado” e imputa culpa aos próprios atingidos e atingidas responsabilidade por tal reprodução, sem tentar uma autocrítica quanto aos próprios projetos e metodologias aplicadas e demonstrar aplicação de ações afirmativas já até implementadas em diversas políticas públicas de atendimento às mulheres.

No Relatório Preliminar sobre a Situação da Mulher Atingida pelo Desastre do Rio Doce no Estado do Espírito Santo, realizado pela Defensoria Pública do Espírito Santo, MAB e mulheres atingidas, além dos dados já citados relativos ao cadastro, são apostados como problema do processo de reparação e compensação em andamento a falta de integração das estruturas poder público de proteção a mulher, a inexistência de mesas de diálogo composta integralmente por mulheres e a exclusão da matriz de danos de atividades laborativas típicas de mulheres.

A Fundação Getúlio Vargas, expert do Ministério Público Federal, a partir da análise dos dados da Ouvidoria da Fundação Renova, amplia o debate demonstrando indícios de que o desastre ocasionou aumento da sobrecarga doméstica que está relacionada a alteração das condições de subsistência, aumento dos conflitos familiares e saúde mental das mulheres, merecendo especial atenção, a título exemplificativo, os seguintes dados:

no cruzamento de saúde mental e sobrecarga doméstica, foi possível perceber que dos 154 casos que relatam questões como depressão, tentativa de suicídio, ansiedade e tristeza, 71,4% também apresentam sobrecarga doméstica, em especial no que diz respeito aos custos de manutenção do lar (60,4%) e cuidados com filhos e netos (33%).

## **O papel Desafios da Defensoria Pública na construção de modelos de litigância participativos**

A Defensoria Pública do Espírito Santo, desde novembro de 2015, buscou atuar de forma integrada à sociedade civil, aos movimentos sociais, às ou-

<sup>6</sup> Trata-se de dados com base na data 18/11/2018. Não atualização oficial da Fundação Renova em relação a programas com recorte de gênero. Tais dados foram apresentados em resposta aos Relatório Preliminar da Defensoria Pública e podem ser acessados em <https://hmg.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2019/04/respostaoficio-dpesseq14234.pdf>.

tras instituições de justiça, aos grupos acadêmicos e aos atingidos e atingidas dentro da organização social existente ou que foram surgindo, colocando os integrantes daquela instituição na posição também de afetados, em sua concepção ampla e necessária para além do território (LOSEKANN, 2016).

De início, cumpre ressaltar que atingidos por desastres e instalação de grandes empreendimentos são, por excelência, destinatários finais das funções institucionais da Defensoria Pública na condição de hipossuficientes, na medida em que já vitimados pela injustiça social são afetados diretamente também pela injustiça ambiental com agravamento da sua vulnerabilidade, haja vista, os danos ambientais, advindos sob a justificativa do desenvolvimento, concentram-se nos locais onde sobrevivem as populações mais pobres, mais vulneráveis em razão de um processo de desenvolvimento humano pautado em uma destruição desastrosa do meio ambiente com disputas de terras e interferências culturais em populações tradicionais, perpetuando por gerações a condição de exclusão social. (HERCULANO, 2002)

Dentro desse contexto, nas reuniões realizadas nas comunidades, *a priori* em conjunto com homens da comunidade, havia uma mistura de espaços e de dores, de singularidades. Na condição de mobilizadores de afetados (LOSEKANN, 2006), os integrantes das instituições de justiça e a sociedade civil organizada, dentro dos espaços de escuta e algumas vezes até de fala, eram afetados por dores, que não eram dores próprias das mulheres atingidas, mas dores pessoais, despertadas pelas injustiças realizadas a outras mulheres.

Principalmente quando se fala de operadores do direito, deve-se levar em consideração que o Direito é e sempre foi um instrumento de manutenção do próprio patriarcado, razão pela qual as teorias feministas criticam a falta de alternativas de transformação dentro do próprio Direito, pois o grande problema não estaria nos valores revistos em muitas leis como igualdade, solidariedade, liberdade e justiça, mas a interpretação que os homens dão a estes valores (FRIES, 1999).

Aliado a isto, ainda não se pode desconsiderar o que Boaventura (2011) chama de “cultura de extrema indiferença ou exterioridade do direito” para as mudanças que ocorrem na sociedade, o que traz formação de profissionais sem muito comprometimento com os problemas sociais, presos ao paradigma jurídico dogmático (BOAVENTURA, 2011).

Em termos de conflitos ambientais, Losekann (2019) ressalta que há um grande diferencial para concretude de performances coordenadas entre operadores do direito e atores sociais ligados a características específicas daqueles, como sensibilidade e disposição para agir. Em complemento, Tarrow (2009) enfatiza que as ações coletivas dependem muito das relações construídas com base na confiança e na cooperação criadas através de processos identitários compartilhados.

Se levar em consideração que “performances coordenadas de mobilização do direito ocorrem via interações interpessoais de maior ou menor intensidade e na existência de características específicas” (LOSEKANN, 2019),

a falta de mulheres para constituir este processo de interação interpessoal entre atores sujeitos e do campo jurídico, para serem afetadas por sentimentos como empatia de mulher para mulher, pode ter interferido para redução do uso de oportunidades legais e de contradições de resistência a direitos das mulheres atingidas dentro do território.

Apesar de não serem maioria dentre dos atores envolvidos e principalmente entre o que dispunham de poder de decisão, as mulheres que integravam a DPES, o MAB e a sociedade civil, engajaram-se na construção de formas de resistência e de litigância para denunciar as violações incorridas as mulheres atingidas no processo de reparação em curso, visando um movimento primeiro de visibilidade para retirar o “véu” posto pelo patriarcado na tentativa de normalizar opressões postas e reafirmadas aos direitos das mulheres.

Como forma de debater o desastre com um recorte de gênero, a arte foi utilizada enquanto potência criativa para promover o desequilíbrio dos saberes vigentes com capacidade, de acordo com Marc Jimenez (2003, apud, Sousa, 2007, p. 33), de abrir uma janela utópica que permite avistar paisagem em um processo de constituição. Através da exposição de fotos denominada Mulheres Atingidas da Lama à Luta<sup>7</sup>, tentou-se com o uso de imagens retratar o caminho de dor e de luta das mulheres atingidas, partindo da chegada da lama até a ida a luta na reivindicação dos seus direitos.

O Movimento buscou a DPES que já vinha tendo um trabalho coordenado na centralidade da participação do atingido no processo reparatório. Então, as mulheres do MAB encontram sororidade para sua dor com defensoras públicas. E o trabalho institucional foi somado à metodologia das *Arpilleras*. Contaremos a seguir um pouco de como a DPES chegou a isso.

## MAB e Arpilheiras

Diante do desafio da visibilidade às opressões das mulheres atingidas em virtude do rompimento, um dos elementos chave é dar visibilidade a subjetividade da vida privada negada no conflito, demonstrando que as formas de tratamento impostas pela Fundação Renova e entes do Estado reproduzem e produzem desigualdades. Para contar essas histórias o MAB vem utilizando da técnica dos bordados das *Arpilleras*.

As *Arpilleras* são uma técnica de bordado tradicional da cultura chilena, seus primeiros registros datam de 1952, nas *Islas Negras*. A técnica ficou mais conhecida pelos trabalhos de Violeta Parra durante seu exílio na França. Seu uso político crítico se dá na ditadura militar chilena, quando as mulheres das periferias das cidades que perdiam seus filhos, maridos, parentes, desaparecidos pela brutalidade da ditadura, recontavam as histórias em bordados. Elas se reuniam nas igrejas em busca de informações dos familiares, e pouco a

<sup>7</sup> A exposição de fotos “Mulheres Atingidas: da lama à luta” foi realizada pela Associação de Defensores Públicos do estado do Espírito Santo e Associação Nacional de Defensoras e Defensores Públicos com apoio do MAB e fotógrafos parceiros que apoiaram a causa cedendo créditos das fotografias.

pouco, foram utilizando do tecido de sacos de batata e retalhos das roupas de seus entes queridos para reconstruir as narrativas subjugadas pelo regime. “As arpilleristas denunciaram todo o sofrimento por que passaram através dessa expressão cultural”<sup>8</sup>.

O trabalho com as Arpilleras faz encontrar a denúncia da violação de direitos humanos um canal através da arte, possuindo um papel inovador de comunicação com a sociedade sobre as realidades marginalizadas. A mulher atingida, arpillerista, coloca suas dores e sofrimento no bordado e encontra uma forma poética de tocar a sensibilidade do Outro. Tanto que vê as peças, quando que produz, repensam sobre os problemas sociais, sobre a subjetividade ali apresentada. Para quem vê o trabalho é impossível não reconhecer a violência do que se passou, para quem produz percebe a importância de sua voz. Deste modo, se utiliza da arte como um instrumento de denúncia das violações aos direitos humanos, sendo seu processo de criação, um caminho de reconhecimento, estranhamento, e libertação das mulheres atingidas. As peças no MAB são construídas de modo coletivo, entre 4 ou 5 mulheres, que criam nesse processo relações de pertencimento, compartilhamento, criam resistência comum. O trabalho com as *Arpilleras* mostra várias formas de denúncia e reivindicação de direitos:

1. Resistência contra a pobreza, constituindo-se como uma fonte cooperativa de renda para estas mulheres. Ao mesmo tempo, resistência contra ao papel reprodutivo tradicionalmente relegado para elas, se empoderando economicamente.
2. Resistência contra um regime repressivo contando a história da vida diária baixo um regime opressor, quebrando o silêncio imposto.
3. Resistência contra a mesma ideia de resistência, fazendo da costura, geralmente delegada a labor doméstica da mulher e ao um papel social subalterno, um ato de subversão radical. Ao mesmo tempo, resistindo ao formato tradicional das *Arpilleras* bucólicas de vida rural, criando imagens sobre opressão política e reflexões mais urbanas sobre a vida diária.
4. Resistência contra as expectativas do mundo da arte sendo exibidas em museus e galerias de arte, dando-lhes o mesmo tratamento que às obras de arte clássica, contribuindo assim a democratização da arte e da cultura. Transcendem o espaço da solidariedade internacional que lhes tinha sido relegado no qual eram simples peças de artesanato que se vendiam campo em feiras de igrejas para captar fundos e criar consciência<sup>9</sup>.

O MAB em sua concepção entende que “os direitos humanos nascem

---

8 BACIC, R. História das Arpilleras. IN: ABRÃO, P. **Arpilleras da resistência política chilena**. Brasília, 2012.p. 4

9 GARCIA, Esther V. **Um ejemplo de cómo utilizar el arte para construir espacios para el encuentro em sociedade divididas**. Dissertação. Universidade de Deusdo. Bilbao, 2008

das lutas populares e se afirmam no processo histórico, estão em construção ‘desde baixo’<sup>10</sup>. Em 2010 após o primeiro Encontro Nacional de Mulheres Atingidas surgiu o desafio em pensar metodologias inovadoras com as mulheres atingidas que pudessem desvelar essas opressões da construção, implementação e rompimento de barragens. Ao terem contato com a experiência das Arpilleras chilenas o MAB incorporou a técnica como uma metodologia de educação popular feminista e latino-americana. Desde então se organizam oficinas nas quais se debatem temas-geradores das comunidades sobre suas realidades, buscando conectar a situação das mulheres na sociedade, marcada pelo opressões de gênero. Essas mulheres ao longo da oficina vão construindo suas pautas que depois são construídas na peça, realizada por grupos de 4 a 5 mulheres, isso porque as mulheres sentem mais facilidade de ir refletindo sobre sua realidade, em conjunto com outras mulheres, em espaços auto-organizados de mulheres, numa roda de costura das peças. Após finalizar as peças, elas escrevem uma carta que irá ao fundo da peça num bolso para que quando exposta outras pessoas possam saber de onde veio, quem fez, e uma breve história que inspirou a peça.

Após inúmeras oficinas, o MAB constatou que ao costurar as mulheres re-pensam a ideia e o lugar tradicionalmente atribuído às mulheres, em um encontro com a leitura feminista que questiona o caráter natural da subordinação feminina. Ao costurar o “não dito” e torná-lo visível, já representa um importante passo para a mudança do cenário, afinal afirmar que há uma opressão que é não visível em nossa sociedade tem sido fundamental nesses tempos.

Com esse acúmulo da organização das mulheres atingidas no MAB, no Espírito Santo o movimento em parceria com a Defensoria levou o desafio de construir as peças no território atingido pelo desastre. Foram organizadas rodas de oficinas com as mulheres de diversas comunidades. Estes espaços foram marcados por muita alegria porque constituíram formas diferenciadas de abordar o conflito, porque além de colocar seus relatos elas também estavam envolvidas na construção de algo material, preenchendo um certo vazio que elas sentem pelo não andamento do caso.

As peças produzidas relataram os problemas apresentados no Relatório Preliminar da Defensoria Pública tais como: o problema do cadastramento que exclui as mulheres por estar baseado na noção de núcleo familiar; a dificuldade no acesso à água potável de qualidade nas comunidades e a sobrecarga de trabalho decorrente disso; inúmeros problemas de saúde; o tratamento discriminatório da Fundação Renova; aumento da violência doméstica.

Essas peças produzidas ao longo do Rio Doce e litoral capixaba representam a transformação social na vida das mulheres após o rompimento da barragem. São carregadas de memórias, testemunhos e vivências, que vão

10 MOVIMENTO DOS ATINGIDOS POR BARRAGENS. Mulheres atingidas por barragens em luta por direitos e pela construção do projeto energético popular. São Paulo: MAB, 2015, p.14.



compondo o cenário do caso, e que infelizmente ainda não ganharam o espaço devido nas instâncias decisórias do caso. Para as mulheres, em sua individualidade, as *Arpilleras* são um ponto de encontro, socialização, contribuem para que elas lidem sob outros modos com o conflito. Socialmente, as *Arpilleras*, compõe em si a memória da violação aos direitos daquelas mulheres, sendo uma linguagem transgressora no direito, e tendo um potencial criativo de construção de políticas públicas. Esse trabalho apoia as mulheres em sua subjetividade, para que as mulheres se reconheçam como sujeitas de direito, assumam um papel protagonista na promoção de seus direitos, e permite manter uma memória do caso que pode servir para uma reparação futura, para um diálogo com a sociedade civil sobre não repetição de conflitos como esse <sup>11</sup>.

“Nós bordamos nossos problemas, e nossos problemas são feios”<sup>12</sup>, as palavras de Galeano mostram como a beleza e a dor convivem na produção das peças, e afirmam a potência dessa metodologia com as mulheres. Através do lúdico essas mulheres atingidas se redescobrem no processo de luta pela reparação, do lugar de vítimas passivas elas se transfiguram para sujeitas criadoras de suas e novas histórias. É um trabalho de memória coletiva, de reviver sua própria história, e de ressignificar a violência sofrida.

## Conclusão

Mesmo com fortes indícios, a questão de gênero, e sua interface com a questão racial, em que pese as diversas normativas no campo dos direitos humanos sobre o tema, não vem sendo observadas no caso Rio Doce. Os acordos estabelecidos não preveem medidas transversais para as políticas reparatórias, e acabam por aprofundar as desigualdades de gênero no território. Quando o MAB e a DPES começam a explorar essas outras metodologias e formas de atuar no conflito, as violações as mulheres atingidas vão saindo do espaço privado e do silêncio, e vão contraponto o modelo reparatório construído, e exigindo maior participação. Nesse processo as mulheres atingidas vão encontrando sororidade para suas dores.

A existência de mulheres, seja como mobilizadoras integrantes do sistema de Justiça, seja enquanto pertencentes das próprias comunidades atingidas, incidido no conflito faz transparecer as violências de gênero do processo reparatório. Em outras palavras, o “ser mulher” afeta o entendimento dos reflexos dos danos no tecido social, e reconhece como as mulheres se encontram em maior dificuldade. Isso leva a buscar formas de atuação que tragam à luz essa invisibilidade.

---

11 Inspiradas pelas práticas mais artísticas em 2019, as mulheres atingidas, organizadas no MAB em parceria com a Defensoria Pública do ES, organizaram uma exposição fotográfica “Mulheres Atingidas: da lama à luta”, que percorreu vários estados mostrando os rostos dessas mulheres esquecidas e as dificuldades vividas. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/entretenimento/cultura/exposicao-fotografica-sobre-a-luta-das-mulheres-de-mariana-e-brumadinho-0319>

12 GALEANO, Eduardo. **Mulheres**. Porto Alegre: L&PM, 1997.

O trabalho que moveu a construção do Relatório Preliminar sobre a situação da mulher atingida pelo desastre do Rio Doce no Estado do Espírito Santo, foi o pioneiro do reconhecimento dessa desigualdade, e impulsionou o debate no âmbito das instâncias de governança. Posteriormente a ele vieram outros estudos. Contudo, como toda pauta invisível, permanece o desafio entre a identificação do problema que já foi realizada, e a construção de medidas efetivas para sua superação. Quanto a este ainda falta um aprofundamento do trabalho de incidência.

De outro lado para as mulheres atingidas que vivenciaram, e ainda estão ativas nesse trabalho, as Arpilleras trouxeram a afirmação da importância do seu trabalho, do seu protagonismo na construção da história, da necessidade de comunicar para fora da comunidade o que se passa. Ao bordar as mulheres enxergam a si mesmas, se percebem, e em coletividade começam a construir um processo de conscientização e politização sobre as questões de gênero, seu caráter interseccional e transversal.

## Referências

ACSELRAD, Henri. Prefácio - Mediação e negociação de conflitos ambientais. In: VIEGAS, R. N.; PINTO, R. G. & GARZON, L. N. **Negociação e acordo ambiental: o termo de ajustamento de conduta (TAC) como forma de tratamento dos conflitos ambientais**. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2014, pp. 5-15

BACIC, R. História das Arpilleras. IN: ABRÃO, P. **Arpilleras da resistência política chilena**. Brasília, 2012.p. 4

BRASIL. Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo. **Relatório Preliminar sobre a Situação da Mulher Atingida pelo Desastre do Rio Doce no estado do Espírito Santo**. Espírito Santo: 6 nov. 2018. Disponível em: <http://www.defensoria.es.def.br/site/index.php/2018/11/06/dpes-divulgarelatorio-sobre-situacao-da-mulheratingida-pelo-desastre-do-rio-doce/>. Acesso em: 18 jul. 2019.

BRASIL. Ministério Público do Estado do Espírito Santo. **Informações sobre a perspectiva de gênero nos dados de gestão da reparação aos danos causados pelo rompimento da barragem de Fundão**. Espírito Santo: 8 mar. 2019. Disponível em: <https://www.mpes.mp.br/Arquivos/Anexos/55a5e5d9-f7f3-422b-8505-4692bac6ddce.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2019

FACIO, Alda; FRIES, Lorena. **Género y Derecho**. Santiago de Chile, LOM, 1999.

FREDERICI, Silvia. **Calibã e as bruxas: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. Tradução Coletivo Sycorax. Ed. Elefante, 2017.

GALEANO, Eduardo. **Mulheres**. Porto Alegre: L&PM, 1997

GARCIA, Esther V. **Um ejemplo de cómo utilizar el arte para construir espacios para el encuentro em sociedade divididas**. Dissertação. Universidade de Deusto. Bilbao, 2008.

LOSEKANN, C. **Performances coordenadas e experiências compartilhadas na mobilização do direito em conflitos ambientais: A contribuição do pragmatismo de John Dewey**. Plural, [S. l.], v. 26, n. 2, p. 174-199, 2019. DOI:

10.11606/issn.2176-8099.pcs0.2019.165679. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/plural/article/view/165679>. Acesso em: 11 out. 2020.

LOSEKANN, C. A política dos afetados pelo extrativismo na América Latina. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 20, p. 121-164, 12 dez. 2016.

MBEMBE, Achille. Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. *Arte & Ensaios | revista do ppgav/eba/ufRJ* | n. 32 | dezembro 2016.

MOVIMENTO DOS ATINGIDOS POR BARRAGENS. **Mulheres atingidas por barragens em luta por direitos e pela construção do projeto energético popular**. São Paulo: MAB, 2015

MELO, Cecília Campello do A. **As vítimas dos desastres ambientais no Brasil têm cor e ela não é branca**. Disponível em: <http://abet2017.com.br/wp-content/uploads/2015/11/Cecilia-Mello.Samarco.-Racismo-ambiental.20nov15.pdf>. Acessado em: 18 jul. 2019. HERCULANO, Selene. Resenhando o debate sobre justiça ambiental: produção teórica, breve acervo de casos e criação da rede brasileira de justiça ambiental. *Desenvolvimento e Meio Ambiente*. n. 5. p. 143-149. jan/jun. 2002. Editora UFPR.

PENKALA, Ana. **A mulher e o novo preto**: pensando identidades a partir das representações arquetípicas de gênero na série *Orange is the new black*. Trabalho apresentado IV SIGAM – Simpósio Internacional Gênero, Arte e Memória em novembro de 2014. Disponível em: [http://wp.ufpel.edu.br/paralelo31/files/2015/03/13\\_dossie\\_04\\_artigo\\_penkala.pdf](http://wp.ufpel.edu.br/paralelo31/files/2015/03/13_dossie_04_artigo_penkala.pdf) Acesso em 12/06/2018.

TABOAS, Ísis Dantas Menezes Zornoff. **Viver sem violência doméstica e familiar**: a práxis feminista do Movimento de Mulheres Camponesas. Dissertação de Mestrado. Brasília/DF. 2014. Disponível em [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18219/1/2014\\_IsisDantas\\_MenezesZornoffTaboas.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18219/1/2014_IsisDantas_MenezesZornoffTaboas.pdf). Acessado no dia 13 de outubro de 2020.

RIBEIRO, Djamila. **O que é lugar de fala**. Belo Horizonte. Letramento: Justificando, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA, Lays Helena Paes e. **Ambiente e justiça**: sobre a utilidade do conceito de racismo ambiental no contexto brasileiro. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/ecdernos/media/ecadernos17/04.LaysSilva.pdf>. Acessado: 16 jul. 2019.

ZHOURI, Andréa et al. **O desastre da Samarco e a política das afetações**: classificações e ações que produzem o sofrimento social. *Cienc. Cult.*, São Paulo, v. 68, n. 3, p. 36-40, Sept. 2016. Available from <[http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252016000300012&lng=en&nrm=iso](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252016000300012&lng=en&nrm=iso)>. access on 15 Sept. 2020. <http://dx.doi.org/10.21800/2317-66602016000300012>.

# DIREITOS HUMANOS, OPINIÕES VOLÁTEIS, FAKE NEWS, RESPONSABILIDADE CIVIL, SOCIAL E AMBIENTAL: UMA ANÁLISE DO ATUAL CENÁRIO EM RAZÃO DAS FAKE NEWS

**Paulo Henrique dos Santos Farias**

Acadêmico de Direito, Centro universitário Carlos Drummond de Andrade – Unidrummond

## **Resumo:**

Com o crescimento das Fake News, as opiniões voláteis têm-se movido de acordo com sentimentos e percepções, que cada vez mais, são influenciadas por movimentos midiáticos, tecnológicos, geracionais, econômicos e políticos. Nesse contexto, temos a percepção do quanto as mídias sociais têm sido utilizada para a propagação de notícias falsas, ganhando cada vez mais amplitude, com isso, gerando consequências negativas a sociedade. Nesse sentido será brevemente abordado tais problemáticas e consequências, ações que governos estão adotando para atenuar os problemas decorrentes das Fake News, igualmente, meios para melhor responsabilizar seus os responsáveis, o que tem sido um desafio ainda maior. Atualmente se discuti muito no Brasil o controle das mídias sociais, todavia, tal controle conflita com o direito à liberdade de opinião e de expressão, o que tem dividido opiniões.

**Palavra-chave:** Direitos Humanos; Opiniões Voláteis; Responsabilidade Civil; Fake News.

O presente artigo tem por objetivo discorrer brevemente em face aos Direitos Humanos, Opinião Voláteis, Fake News, Responsabilidade Civil, Social e Ambiental, Uma Análise do Atual Cenário em Razão das Fake News. Para tanto, orientar-se-á no sentido de analisar a legislação brasileira pertinente, esclarecer o conceito de “fake news”, seu contexto de desenvolvimento e a relação existente entre democracia, “fake news” e liberdade de expressão.

Dito isto, a metodologia utilizada para desenvolvimento do artigo, foi a revisão bibliográfica, tendo o estudo se concentrado principalmente na análise de artigos científicos e na legislação brasileira existente. Todavia, no decorrer do referido artigo, ficou evidenciada a multidisciplinaridade do tema e suas variadas vertentes de posicionamento, motivo pelo qual o artigo não apresenta uma solução ou uma resposta concreta a um problema, mas cen-

traliza-se no objetivo de traçar as principais discussões existentes e ressaltar a importância de tais para a limitação de possíveis ações de combate às Fake News ou Notícias Falsas.

De acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU), os direitos humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição. (ONU, 2019)

Nesse sentido, são compreendidos como direitos humanos, o direito à vida, à liberdade, à opinião, a liberdade de expressão, ao trabalho, a educação, dentre outros.



Figura: 1

Ocorre que tais direitos se tonam conexos, de modo que não é possível exercê-los sem que haja correlação, ou seja, sem direito a vida, não é possível exercer o direito de liberdade, sem liberdade não é possível exercer o direito de opinião, sem opinião não é possível exercer o direito de expressão, sem trabalho não é possível se ter dignidade, sem educação não é possível exercer o direito de opinião, assim por diante.

Desse modo, alguns doutrinadores entendem que há eficácia horizontal dos direitos fundamentais, (SARLET, 2004, p. 362-363; SARMENTO, 2004, p. 277-278). Todavia, há uma distinção da terminologia entre Direitos Humanos e direitos fundamentais, observa-se que muitos doutrinadores do Direito as tratam como sinônimos. Vladimir Brega Filho (2002, p. 66-74) destaca que

estas expressões nem sempre têm o mesmo significado, possuindo conteúdo distinto que não se relaciona com o efetivo conceito de Direitos Humanos. Para grande parte da doutrina, a terminologia de direito fundamental está arraigada aos direitos de defesa da pessoa humana, previstos na Constituição Federal de um país, de ordem individual, social e coletiva, ligados à sua condição humana.

Outrossim, no referido artigo, estarei destacando o direito de liberdade de opinião e expressão, direito que estão em xeque-mate rem razão do avanço tecnológico e com o fenômeno Fake News.

Diante de tantas informações, cada vez se torna mais difícil a conferência da veracidade das informações que chegam por todos os lados, o que tem feito com que as pessoas mudem constantemente de opinião, sempre seguindo a onda de informação.

Nesse sentido, define bem o que são opiniões voláteis, FARIAS, Luiz Alberto, (2019, p. 144), “a opinião pública se desmancha no ar. Se transforma influenciada por movimentos midiáticos, tecnológicos, geracionais, econômicos, políticos. A sua presença impacta governos, pessoas, mercados. A construção de cenários não verdadeiros – mas verossímeis – cresce na contemporaneidade, movida por ondas de informações falsas, de construções de paixões e de adventos da tecnologia que movem volume agigantado de informação associado à impossibilidade de plena checagem. As opiniões são voláteis. Se movem de acordo com sentimentos e percepções, misturando a razão, as emoções e os aspectos éticos em pleno vôo”.

As Fake News ou Notícias Falsas, tem cada vez mais se destacado, parece não haver limites, as chamadas Fakes News ou Notícias Falsas, são disseminadas em todos os segmentos possíveis e imagináveis.

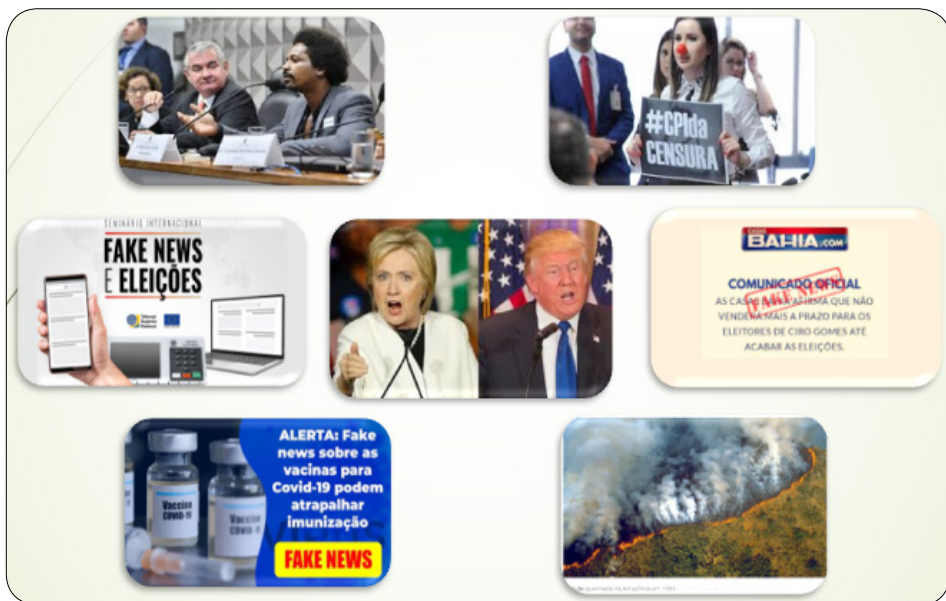


Figura: 2

Todavia, tem chamado a atenção sua interferência no processo eleitoral, fenômeno que não tem ocorrido exclusivamente no Brasil, cada vez mais, vemos ser veiculada as informações de fake News nas eleições mundo à fora. Diante dessa temática, cada vez mais, as nações têm demonstrado preocupação, principalmente em razão da possibilidade de disseminação de notícias falsas serem intensificadas em períodos eleitorais, com objetivo em modificar o resultado de um pleito eleitoral.

Outrossim, disseminar notícias falsas não se trata de uma conduta nova. Ocorre que com o avanço da tecnologia, cada vez mais se torna célere a disseminação destas notícias. Atualmente essa realidade vem gerando preocupação generalizada, dado que, as chamadas “fake news” têm grande potencialidade de causar danos não só aos particulares, mas à sociedade como um todo.

No Brasil, existe legislações que buscam regular o uso responsável da internet, bem como o Código Civil brasileiro estabelece a responsabilização Civil a aquele que causar danos a outrem, contudo, em razão da prática de Fake News ser de difícil identificação do autor, sua prática tem ganhado cada vez mais força.

Em sua definição, Braga (2018, p. 205), a expressão “fake News” pode ser definida como “[...] a disseminação, por qualquer meio de comunicação, de notícias sabidamente falsas com o intuito de atrair a atenção para desinformar ou obter vantagem política ou econômica”.

Cabe destacar que embora exista previsões legais que podem ser aplicáveis nos casos envolvendo “fake News”, o Brasil ainda não possui uma legislação que trate especificamente do tema. Todavia, muito se discute o Projeto

de Lei nº 2630, de 2020 ((CIDADANIA/SE), 2020), apresentado no Senado Federal, que atualmente tramita na Câmara dos Deputados. Contudo, a referida PL divide opiniões, muito se discute o conflito do direito de expressão e opinião com fake News ou notícias falsas, em alguns casos, há críticas de que a referida PL se trata de uma censura a tais direitos.

Outrossim, a legislação brasileira, prevê o direito à resposta em casos de divulgação de notícias sabidamente inverídicas, a tipificação da conduta como crime no art. 323 do Código Eleitoral Brasileiro e a possibilidade de retirada de conteúdos da internet prevista tanto na Lei de Eleições (Lei nº 9.504/1997) quanto na resolução 23.551 do TSE.

A responsabilidade Civil, poderá ser alcançada pela parte que for lesada, existindo a possibilidade de pleitear indenização por danos morais por meio da instauração de ações cíveis, ou até mesmo à condenação criminal quando a conduta se enquadrar nos crimes contra a honra.

No âmbito do Direito, Diogo Rais (2018a) elucida com muita clareza o que é “fake News” não seja “notícia falsa”, mas “notícia fraudulenta”. Para Rais (2018a), a mentira “parece ser mais objeto da Ética do que do Direito, sendo a fraude o adjetivo mais próximo da face jurídica da desinformação”. Dessa forma, seriam indispensáveis três “elementos fundamentais” para tratar as “fakes News” como figura jurídica: “falsidade, dolo e dano” (RAIS, 2018a).

Note-se que o direito à liberdade de opinião e de expressão, nos é garantido por lei.

O artigo 19º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) diz que “todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, ...”.

A CF/88 estabeleceu em seu texto, o direito a livre manifestação de pensamento e de expressão no artigo 5º, com especial foco, nos incisos IV e IX.

Todavia, eventuais excessos, são penalizados, tanto no âmbito civil quanto no âmbito criminal.

As fakes News realmente não têm limites, notifica falsas que terminam desinformando a sociedade, causando assim grandes prejuízos sociais, mais que infelizmente tem sido frequentes.

Nesse sentido, não precisa de muito para encontrar alguns desses casos, basta navegar pela internet por alguns minutos e, provavelmente, você irá encontrar alguma “denúncia” sobre vacinas. Um caso que teve grande repercussão por circular nas redes sociais, com milhares de compartilhamentos foi a de que a vacina tríplice viral, que protege contra caxumba, sarampo e rubéola, poderia causar autismo, o que não era verdade, todavia, foi suficiente para fazer com que o número de crianças vacinadas diminuísse significativamente.

Outro caso recente se refere a vacinação da febre amarela, em matéria publicada no site G1, que teve a seguinte capa “Fake news tiveram influência na vacinação contra a febre amarela no Brasil, diz chefe da OMS”, a matéria traz a informação de que “as fake news, como o boato de que uma receita na-



tural poderia garantir proteção contra a febre amarela, podem ter influenciado as metas de vacinação no Brasil”. (Costa, 2020)

Ainda sobre o tema da febre amarela, tivemos inúmeros tipos de notícias falsas, no site serjuszmg.org.br encontramos uma relação de fake news “FALSO, A vacina contra a febre amarela não é segura devido à mutação do vírus. Explicação: As alterações detectadas no sequenciamento genético que comprovam a mutação não afetam as proteínas do envelope do vírus, que são centrais para o funcionamento da vacina. FALSO, A dose fracionada da vacina da febre amarela, que contém 0,1ml, é mais fraca e por isso não protege. Explicação: Estudo conduzido pela Fiocruz identificou a presença do mesmo nível de anticorpos da dose-padrão na dose fracionada até oito anos depois da imunização. FALSO, Os macacos transmitem febre amarela. Explicação: Os macacos são picados pelos mosquitos infectados e se tornam vítimas da doença da mesma forma que os seres humanos.

Com tantas notícias falsas, fica difícil para a sociedade em geral tenha alguma certeza do que vê, lê ou escuta, todavia, os impactos negativos de modo geral são significativos, seja por conta das informações recebidas ou compartilhadas.

A informação de que os macacos eram transmissores da febre amarela, foram suficientes para que houvesse alguns casos de maus tratos contra alguns animais.

Diante de todo o exposto, e até aqui contextualizado, a disseminação das “fake news” sem dúvidas, foi potencializado em razão da alteração das novas dinâmicas comunicacionais. Isto, pois, passou-se de uma era de comunicação restrita aos veículos oficiais de informação, onde as fake news de certo modo eram controladas, para uma era em que todos podem ser produtores de informações em um ambiente virtual, nesse ambiente, não há limites territoriais e nem temporais para acesso a seus conteúdos, podendo viralizar em curto prazo de tempo.

Em razão do número de visualizações geradas pelas fake news, não podemos deixar de falar na existência do viés econômico gerado pelo impulsionamento da veiculação das fake news. Isto, em razão do acesso às informações falsas, ser alimentado pela polarização política e ausência de tolerância, gerando lucro para aqueles que as fabricam e as divulgam, uma vez que esses conteúdos normalmente são vinculados a anúncios publicados no ambiente virtual.



Figura: 3

Atualmente as fakes news tem sido antagônica acerca de sua compatibilização com os valores democráticos, e cabe uma melhor compreensão diante dos riscos de sua proliferação para uma democracia saudável, sobretudo no âmbito do processo eleitoral.

Devemos ter cautela quanto a posição que atribui valor constitutivo à liberdade de expressão e entende que esta deve ser amplamente protegida, mesmo quando caracterizada por falsidades.

Atualmente se discute muito no Brasil o controle das mídias sociais, todavia, tal controle conflita com o direito à liberdade de opinião e de expressão, desse modo, devemos nos questionar, qual limite aceitável de controle?

O direito de opinião e expressão estão ameaçados? Como será possível exercer tal controle das mídias sociais? Será esse o melhor caminho?

Com tantas perguntas sem resposta, ainda acredito que a informação é a melhor ferramenta para combater a desinformação “fake news”, bem como, considero temerário qualquer controle a liberdade de expressão de opinião.

Nesse sentido, podemos dizer que a proteção da liberdade de expressão justificar-se não pela qualidade do conteúdo informativo ou pela qualificação de quem o emite, mas por sua existência enquanto direito individual, sem o qual não há democracia. Todavia, existe posição diversa. Outrossim, no Brasil não há ainda uma legislação específica que trate do tema, existindo apenas previsões legais que podem ser aplicáveis aos casos que envolvam “fake news”. Por exemplo, têm-se o direito à resposta, vítimas de fake news sabidamente inverídicas. A tipificação da conduta como crime, está positivada no art. 323 do Código Eleitoral Brasileiro, havendo a possibilidade de retirada de conteúdos da internet, isto, com previsão tanto na Lei de Eleições (Lei nº 9.504/1997), bem como na resolução 23.551 do TSE.

Assim, pretendeu-se com presente estudo, abordar as discussões em torno do tratamento jurídico e dos possíveis mecanismos de enfrentamento do fenômeno partindo de sua análise dentro do contexto democrático. Esta análise exigiu a compreensão dos posicionamentos acerca dos valores assumi-

dos pela liberdade de expressão dentro de uma democracia. Para tanto, a metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, tendo o estudo se baseado, principalmente, na análise de artigos científicos e na legislação eleitoral brasileira. Atingidos tais objetivos, foi possível inferir a importância dos debates acerca do tema, sobretudo diante da necessária limitação das iniciativas de combate ao problema, que, por despertar um sentimento de urgência, acaba movendo atitudes extremistas, colocando em xeque o direito à liberdade de expressão, um dos pressupostos da democracia.

No Brasil, as fake news tem sido principal tema, principalmente por não haver um controle efetivo do Estado, nesse sentido, foi instaurada a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) das Fake News, que é uma comissão parlamentar mista de inquérito, onde fazem parte, (Câmara dos Deputados e Senado Federal) criada para investigar a existência de uma rede de produção e propagação de notícias falsas e o assédio virtual nas redes sociais.

## Conclusão

Concluo o presente artigo, com ênfase na a velocidade com que a comunicação é realizada nos dias atuais, onde notoriamente houve a quebra do monopólio da comunicação e, o acesso à informação por meios digitais estão cada vez mais acessíveis, temos visto o crescimento das fake News de forma vertiginosa, como pudemos observar, o sucesso de compartilhamentos geram de certo modo publicidade e conseqüentemente receita, o que tem estimulado ainda mais tal prática, sendo difícil a identificação da autoria dos infratores, dificultando assim a responsabilização ou até mesmo impossível. Cabe destacar, que no mundo digital não há fronteiras, a disseminação das fake News pode ser produzida de qualquer lugar do mundo, havendo apenas a necessidade do infrator de se conectar com à internet. Atualmente governos buscam meios para solucionarem os problemas, seja na busca em exercer algum tipo de controle, o que tem gerado discussões e dividido opiniões ou seja com campanhas educativas e de conscientização.

## Referências

(CIDADANIA/SE), S. A. (22 de 11 de 2020). **Senado Federal do Brasil**. Fonte: Senado Federal: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>

Costa, M. T. (21 de 11 de 2020). G1. Fonte: G1.com: <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/fake-news-tiveram-influenca-na-vacinacao-contr-a-febre-amarela-no-brasil-diz-chefe-da-oms.ghtml>

LIMA, Ramalho. **Estudo revela que bots espalham fake news massivamente em poucos segundos**. [S. l]: Tecmundo, 24 nov. 2018. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/internet/136479-estudo-revela-bots-espalham-fake-news-massivamente-segundos.htm>. Acesso em: 20 nov. 2020.

RAIS, Diogo. Desinformação no contexto democrático. In: ABBOUD, Georges;

JUNIOR, Nelson Nery; CAMPOS, Ricardo (Coord.). **Fake news e regulação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018b. p. 147-166.

RAMOS, André de Carvalho. Liberdade de expressão e ideais antidemocráticos veiculados por partidos políticos – tolerância com os intolerantes? In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). **Temas de Direito Eleitoral no século XXI**. Brasília: Escola Superior do Ministério público da União, 2012. p. 15-36.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Site: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>  
acessado em 22/11/2020 às 12:55

TEIXEIRA, Virgínia Melo do Egypto. **O limite do Direito Penal no mundo digital à luz das fake news e da liberdade de expressão**. 2018. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal da Paraíba, Santa Rita, 2018.

# O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DELINEAMENTO DE UMA ORDEM ECONÔMICA AMBIENTALMENTE AUTOSSUSTENTÁVEL

**Marcelo Machado Costa Lima**

Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Estácio de Sá. Professor de Direito Constitucional da Universidade Estácio de Sá e do IBMEC-RJ

## **Resumo:**

O presente artigo objetiva colocar em discussão as possibilidades e instrumentos teórico-jurídicos que o Supremo Tribunal Federal possui para estabelecer as fronteiras entre os direitos econômicos e o direito ao meio ambiente equilibrado e saudável no âmbito da Constituição Federal, quando as políticas governamentais em dissonância com a lógica do Estado Constitucional de Direito, entrarem em explícito conflito com a normatização imposta pela Carta Federal de 1988. Nesta via, o trabalho apontará algumas decisões paradigmáticas que circunstanciaram a temática nos últimos cinco anos, procurando apontar como o Supremo Tribunal Federal vem evoluindo no âmbito jurisprudencial nas questões em que conflitam interesses econômicos e interesses de preservação ambiental. A pesquisa de abordagem qualitativa realizadas para a elaboração deste artigo seguiram uma linha predominantemente exploratória, com elementos descritivos. Para fins de coleta de dados foram utilizadas as pesquisas bibliográfica e jurisprudencial (fundamentalmente no Supremo Tribunal Federal).

**Palavras-chave:** Meio ambiente equilibrado e saudável; Ordem econômica; Estado Constitucional de Direito; Legitimidade constitucional.

## **Introdução**

Com a posse, em 2019, do novo governo brasileiro eleito configurou-se um complexo redirecionamento das linhas econômica e ideológica adotadas pelo Brasil. Este novo norte vem se refletindo de forma mais incisiva no âmbito das políticas ambientais seguidas pelo país, principalmente se considerarmos como referência aquelas que foram levadas a cabo nas duas últimas décadas. Essa clara reversão em relação aos modelos anteriormente adotados vem trazendo consequências relevantes: se anteriormente o país era reconhecido

pela comunidade internacional como um dos principais protagonistas do movimento ambientalista, o quadro atual é oposto. As políticas brasileiras para a área vêm sendo observadas com elevado grau de desconfiança, e até mesmo qualificadas como desconectadas daquelas que conduzem às boas práticas ambientais.

Independentemente das diferentes cosmovisões econômicas e ideológicas que os diversos governos possam ter, o fato é que são vários os pontos<sup>1</sup> que reforçam a tese de que o atual governo possa ter avançado uma linha inultrapassável, abdicando do dever de reconhecer direitos fundamentais de terceira dimensão. Porém, uma avaliação acerca das posições do atual governo do país em matéria ambiental (mundialmente conhecidas e por ele, às vezes confirmadas e às vezes negadas) fogem ao objeto de estudo no presente trabalho, embora não se negue a grande importância que se deva conceder aos trabalhos que dirigem suas atenções e reflexões para esta temática específica.

---

1 Em SILVA, Ronnie Aldrin. As 26 principais violações ao meio ambiente feitas por Jair Bolsonaro. Carta Capital. Fev.2020. *Seção: Brasil Debate*. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/blogs/brasil-debate/as-26-principais-violacoes-ao-meio-ambiente-feitas-por-jair-bolsonaro/>. Acesso em 03 nov.2020, o autor apresenta exemplos que, em regra, reproduzem algumas das principais queixas externadas por lideranças dos movimentos ambientais nacionais e internacionais, mas que também são apontadas, como um todo, pela comunidade internacional. Apresentamos algumas que sintetizam um quadro geral: a) a desestruturação do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) e do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMbio); b) a transferência do Serviço Florestal Brasileiro do Ministério do Meio Ambiente para o Ministério da Agricultura; c) a flexibilização e redução das multas por crimes ambientais, e institucionalização desta prática por meio do projeto de criação do “Núcleo de conciliação”, que poderá mudar o valor ou até mesmo anular multas por crimes ambientais; d) a contestação dos dados oficiais de desmatamento do sistema Deter, do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe), que possibilita o ágil diagnóstico de áreas desmatadas.; e) a interrupção do Fundo Amazônia, que financiava mais de uma centena de projetos de proteção da Amazônia e seus povos e que teve os recursos suspensos pelas fontes doadoras (Noruega e Alemanha) devido ao aumento do desmatamento e à extinção de Conselhos que faziam a gestão dos recursos; f) a proposta de revisão das Unidades de Conservação do país, que poderão ter os seus traçados revistos ou até serem extintas; g) a explícita recriminação a fiscais ambientais que, legalmente amparados, destruíam equipamentos apreendidos usados por madeireiros e garimpeiros criminosos; h) a proposta de regularização fundiária por via de autodeclaração, que permitiria a grileiros a legalização de terras ilegalmente apropriadas; i) as propostas para redução de terras indígenas e áreas remanescentes de quilombos; j) a liberação excessiva de agrotóxicos, alguns inclusive proibidos em outros lugares do mundo; k) a revisão de tributos ambientais aplicados a empresas que causam alto e negativo impacto ambiental; l) nomeação de ministro do Meio Ambiente que não considera para sua prática de trabalho a temática do aquecimento global e que defende os interesses do agronegócio em detrimento dos ambientais; m) a revisão da lista de espécies aquáticas ameaçadas após um pedido do Ministério da Agricultura; n) a autorização, por parte do presidente do Ibama, de realização de leilão de sete blocos de petróleo localizados em regiões de alta sensibilidade ambiental, como no Arquipélago de Abrolhos, ignorando os relatórios técnicos da própria equipe do Instituto; o) a revogação do decreto que proibia o avanço das plantações de cana-de-açúcar sobre os biomas pantaneiro e amazônico; p) o posicionamento contrário ao Acordo de Paris; q) a modificação da futura lei de licenciamento ambiental, tornando-a uma exceção ao invés de regra; r) a regulamentação da exploração de minerais, recursos hídricos para construção de hidrelétricas, e de petróleo e gás em Terras Indígenas.

O presente artigo teve a pretensão em um primeiro momento apresentar o quadro filosófico-teórico (constitucional pós-positivista) que vem sendo considerado mais amplamente na leitura do sistema jurídico brasileiro, bem como apontar o quadro normativo estabelecido pela Constituição de 1988, analisando seu potencial jurídico para sustentar uma contraposição (jurisdicional) à política ambiental trazida à baila pelo governo. Em um segundo momento, a ideia é observar quais são as posições que vêm sendo cristalizadas pela corte constitucional brasileira no sentido de estabelecer os contornos materiais do direito ao ambiente sadio, principalmente quando em confronto com princípios (também constitucionalmente estabelecidos) de uma ordem econômica reconhecidamente capitalista.

## **Amarra Teóricas e Normativas do Sistema Jurídico-Constitucional Brasileiro**

A complexidade do mundo contemporâneo, cada vez mais dividido em grupos possuidores de diferentes cosmovisões (sócio-políticas, filosóficas, morais, éticas) e, conseqüentemente, interesses contrastantes, apresenta-se como um desafio crescente aos pesquisadores das áreas que circunstanciam o mundo jurídico. Embora os juristas, tanto os do passado, como os do presente, nos ofereçam amplos aparelhamentos teóricos e metodológicos para análise do fenômeno jurídico-político, a verdade é que liquidez a que se referia Bauman<sup>2</sup>, talvez seja responsável pela grande dificuldade de se estabelecer alicerces teóricos e argumentativos para responder aos desafios visualizados nos chamados *hard cases* jurídicos.

É que já não se mostra suficiente que os legisladores produzam regras cuja legitimidade se aferiria na simples observação pelos destinatários, mesmo que coagidos pelo uso da “violência legítima” estatal. Para serem bem sucedidas, as normas jurídicas e as decisões (que naquelas se pautam) devem encontrar nos seus destinatários uma adesão interna que, certamente, o mero argumento de cumprimento da legalidade já não mais consegue. Por esta razão, o poder público deve estar habilitado a produzir comandos justos, razoáveis e proporcionais, de maneira que o corpo social - idealmente formado por indivíduos/ cidadãos autônomos e conscientes -, sinta-se motivado a respeitar as normas, reduzindo-se a necessidade de uso da força ostensiva para manutenção da almejada paz social.

As mudanças ocorridas no quadro fático e axiológico no Pós-Guerra certamente impulsionaram alguns dos mais influentes sistemas jurídicos para uma posição crítica em relação às posições positivistas e o aproximaram a teorizações de vieses pós-positivistas (ou não-positivistas). Trata-se, no caso, de um quadro filosófico-jurídico que reconhece a centralidade do papel exercido pela constituição para uma mais adequada e racional leitura do sistema jurídico pátrio. Embora, as posições pós-positivistas invistam em uma conexão

---

2 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

necessária entre direito e justiça, a verdade é que não estamos diante de uma justiça metafisicamente pré-estabelecida, mas uma justiça construída pela via do acordo e estabelecida pela forma jurídica, mais especificamente nas constituições (o que nos aproximaria do conceito patriotismo constitucional cunhado por Habermas).<sup>3</sup>

Essa concepção constitucionalista pós-positivista a que acima fazemos referência centra-se na inteligência sistematizadora estabelecida pelo texto constitucional, que tem por função, entre outras, organizar o sistema político, estabelecer direitos subjetivos fundamentais, filtrar e delimitar as fronteiras e espaços possíveis da compreensão jurídica de um dado ordenamento. Para tanto, se utilizará tanto de normas-regra, mas principalmente de normas-princípio, cuja fluidez parece mais adequada, não apenas a estruturar comunidades culturais tão diversas (submetidas a uma mesma ordem estatal), mas também a dar conta do cumprimento de promessas por vezes conflitantes entre si, como frequentemente ocorre, por exemplo, entre princípios constitucionais que sustentam uma ordem econômica liberal-capitalista e, ao mesmo tempo, afiançam um meio ambiente equilibrado e saudável. Nesse sentido, o filtro normativo-constitucional acaba por se configurar em meio a uma relação tensionada (dinâmica e dialética) que se dá entre a realidade fática do mundo fenomênico e os valores que circulam no âmbito de sociedades complexas, pluriculturais em que as demandas são, muitas vezes, contraditórias.

O que se percebe, então, é que há uma demanda crescente por teorizações que o atualizem a necessária e constante (re)configuração do Estado Democrático de Direito. Algumas das contribuições mais importantes do direito encontram suas formulações em um quadro constitucionalista pós-positivista, que delinham a formação do núcleo basilar para a formação do que a doutrina jurídico-política vem denominando por Estado Constitucional de Direito, como espécie de Estado Democrático de Direito<sup>4</sup>.

Essas contribuições podem ser apresentadas, em um quadro sintético,

---

3 Na forma como é discutida em HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. V.2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 279 e ss. (Cidadania e identidade nacional).

HO Estado-Nação é substituído por um Estado Democrático de Direito que conforma uma nação de cidadãos “que encontra a sua identidade não em comunidades étnicas e culturais, mas na prática de cidadãos que ativamente exercitam seus direitos de participação e comunicação”.

4 Conforme explicita COGLIANDRO, Giovanni. *Rule of Law. La possibilità del contenuto morale del diritto*. Milão: Giuffrè Editore, 2012, pág. 301, a fórmula Estado Constitucional de Direito está no centro de um debate que não parece exaurir-se no âmbito da temática do Estado de Direito. A passagem deste Estado de Direito ao Estado Constitucional de Direito representou a explícita incorporação de valores morais no direito na doutrina que se desenvolveu após a Segunda Guerra. Para o mesmo autor, na página 319, o ovo constitucionalismo se faz porta-voz desta forma de Estado, inclusive como uma forma particular de estruturar a organização dos poderes do próprio Estado. Também é feita essa distinção no decorrer em toda a obra de RODOTA, Stefano. *La vita e le regole*. Milão: Feltrinelli, 2006.



conforme segue<sup>5</sup>: a) onipresença da constituição em todas as áreas do direito e em todos os conflitos minimamente relevantes; b) onipresença judicial no lugar de autonomia do legislador ordinário (característica muito cara a este trabalho); c) coexistência de uma constelação de valores tendencialmente contraditórios em lugar da homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes entre si; d) mais princípios do que regras; e) mais ponderação que subsunção; f) possibilidade de se extrair da constituição inúmeras normas implícitas para regular qualquer aspecto da vida social e política; g) aplicação direta das normas constitucionais, sem obrigatoriedade da intervenção pelo legislador; h) interpretação das leis em conformidade com a constituição e i) influência das constituições sobre as relações políticas.

No caso brasileiro, o sistema jurídico vem adotando de forma inequívoca tais ideias. Para circunscrever tais ideias em uma expressão, bem avaliada doutrina utiliza denominações como “Novo constitucionalismo” ou “Neoconstitucionalismo”<sup>6</sup>. Todavia, a fim de incorporar posições próximas, que recusam as referidas denominações (principalmente a última), continuaremos a denominar por constitucionalismo pós-positivista o movimento teórico filosófico que se atrelam às posições acima apresentadas.

## **A Ordem Econômica e o Direito à um Meio Ambiente Equilibrado e Saudável na ordem Constitucional de 1988**

A Constituição Federal em seu Título VII, ao tratar da ordem econômica e financeira do Estado, estabelece, em seu Art. 170, que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Nessa via, os princípios reitores da ordem econômica estabelecidas nos incisos I a IX do referido Art. 170 da Constituição Federal evidenciam a preocupação formal do legislador em preservar características do Estado Liberal por intermédio do princípio da livre iniciativa<sup>7</sup>, norte da ordem econômica

5 Tais características são apresentadas fundamentalmente em SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. (Coord.). *Diccionario de Derecho Constitucional*. 2ª ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2005, pág. 420-423 e em GUASTINI, Riccardo. *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, págs. 50 e seguintes. Em FIGUEROA, Alfonso García. *La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, pág 163 e 164, o autor confirma o rol realizado por Guastini. Havendo, como não poderia deixar de ser, uma certa superposição na apresentação das referidas características, procuramos organizá-las de forma a estabelecer uma lista única, condizente com as posições adotadas pelos autores, e que parecem adequadamente complementares entre si.

6 BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.533 e SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p.39.

7 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na Constituição de 1988*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.202 e ss.

adotada no país, sem deixar de assegurar, porém, direitos próprios do Estado Social, ao afirmar que a finalidade da própria ordem é a de tutelar “a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.”

Se levarmos em conta a premissa de não mais ser possível estabelecer uma perspectiva de análise econômica em âmbito nacional sem ter como pressuposto o processo de globalização a que se submetem todas as grandes economias do planeta<sup>8</sup>, parece razoável inferir que, nos dias de hoje, as economias nacionais, cada vez mais, submetem-se a uma lógica de integração dos mercados<sup>9</sup>. Com esta perspectiva de análise, a questão que daí se extrai não é nem mesmo a de saber se há compatibilidade possível entre as lógicas estabelecidas pela Constituição Federal de 1988 e aquela do ambiente globalizado, mas sim a de analisar como o sistema jurídico pátrio, a partir de interpretações construídas pelo Supremo Tribunal Federal, tem atuado no sentido de compatibilizar essas posições.

Essa questão é de inegável relevância, pois se considerarmos que o sistema jurídico brasileiro tem se encaminhado, paulatinamente, na direção de conceder um maior grau de importância às decisões proferidas às instâncias superiores, concluiremos que as decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal tendem a repercutir de forma cada vez mais amplificada e imperativa no sistema. Ora, tomando por verdadeira a premissa acima estabelecida, e considerando o inegável fato de que o direito econômico recebeu extenso tratamento pela Carta dirigente<sup>10</sup> de 1988<sup>11</sup>, faz-se possível afirmar que conhecer e entender a lógica das decisões da Corte Constitucional em matéria econômica e suas relações com os direitos fundamentais abraçados pela Carta de 1988 é caminho imprescindível para compreender como o Poder Judiciário, quando provocado, tende a se comportar nesta área.

Por outro lado, temos o direito ambiental e sua crescente importância no cenário mundial. No Brasil, a normatização ambiental foi introduzida pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, a Lei 6.938, editada em 1981. Embora já na década de 1970 alguns diplomas normativos já começassem a apontar para a necessidade de trazer à tona alguns valores ambientais, foi a referida Lei que estabeleceu uma certa sistematização da matéria, apontando

8 D'ALBERTI, Marco. *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*. Bologna: Il Mulino, 2008, p.33 e ss.

9 Embora continue sendo uma das mais fechadas do mundo, essa informação é compatível mesmo para o Brasil cuja economia vem se abrindo lenta e progressivamente para o mercado internacional. É o que se extrai de LANZANA, Antônio Evaristo Teixeira. *Economia Brasileira*. Fundamentos e atualidades. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 64 e ss. No caso, o autor se fundamenta em levantamento do Banco Mundial entre 1980 até 2013. Mesmo com uma defasagem de sete anos, não há elementos minimamente razoáveis para contestar a atualidade das conclusões ali estabelecidas.

10 Conforme reconhecido em GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na Constituição de 1988*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.169.

11 PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica*. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 161-162.

para a identificação de objetivos, princípios além de instrumentos necessários à proteção do ambiente.

No período entre a promulgação da referida Lei e o advento da Constituição de 1988, várias foram as legislações que auxiliaram no processo de recrudescimento dos valores ambientais no país. Nessa linha, aliás, dono de uma riqueza ecológica sem limites conhecidos, não poderia o país conviver sem a regulação do setor. Porém, no plano normativo, foi o advento da Constituição de 1988, que reconheceu o direito a um meio ambiente equilibrado e saudável como fundamental, nos termos do que dispõe o Artigo 225 da Carta Magna de 1988, que elevou o patamar de importância da questão ambiental em termos jurídicos.

Aliás, embora seja o referido dispositivo o mais específico e abrangente no que toca ao tema ambiental, há diversos outros dispositivos espalhados que se propõem a complementar a proteção que a Constituição confere ao meio ambiente e que com este se conectam<sup>12</sup>. Tal situação diz respeito não apenas à complexidade que o tema se reveste no âmbito jurídico (em que se exige um tratamento interdisciplinar), mas principalmente pelo fato de que a matéria em sua inteireza é de tal forma abrangente e complexa que, dada sua conexão com as mais diversas áreas do conhecimento, faz-se imperativo que seja estudada de forma transdisciplinar.

O problema que se coloca, no entanto, é que embora os deveres de proteção no âmbito do Estado Constitucional a que fizemos referência estejam fundamentados no compromisso (político e jurídico-constitucional) assumido pelos constituintes originários e, de forma derivada, pelos atores estatais<sup>13</sup>, muitas vezes os interesses imediatos de governança econômica chocam-se com os interesses nem sempre solidários para com as gerações futuras.<sup>14</sup> Entretanto, a própria limitação imposta ao princípio da livre iniciativa de viés liberal-capitalista pelo princípio da defesa ao meio ambiente presente no mes-

12 Art. 5º, LXXIII (ação popular); Art. 20,II, IV (bens da União); Art. 21, XIX, XX; 22, VI, XII, XXVI; Art. 23, III, VI, VII, IX, XI; Art. 24, VI, VII e VIII (competências das Unidades Federativas); 129 III (funções do Ministério Público); 170, VI (princípios da ordem econômica); Art. 174§3º (atividade garimpeira); 182 (política urbana); Art. 186, II (função social da propriedade rural); Art. 200, VIII (atribuições do SUS); Art. 216 (patrimônio cultural); Art. 231, §1 (terras indígenas).

13 Nesta direção, SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O direito constitucional-ambiental brasileiro e a governança judicial ecológica: estudo à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. *In*: Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. 45 Curitiba, 2019, vol. 11, n. 20, p. 42-110, jan-jul, 2019.

14 BIFULCO, Raffaele. *Diritto e generazioni future*. Problemi giuridici della responsabilità intergerazionale. Milano: FrancoAngeli, 2008, p.100, quando o autor chama a atenção de que o compromisso dos países industrializados é temperado pelo argumento que o seu empenho em, por exemplo, limitar a emissão de gás carbônico, ocorrerá na medida em que não limite o crescimento econômico forte e durável. Também, MARTÍN, Carlos de Cabo. *Teoría Constitucional de la solidaridad*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2006, p.15. O autor parece externar a ideia de que em uma sociedade cada vez mais desarticulada e individualizada pelo aprofundamento e domínio do mercado, há a necessidade de se pensar em um constitucionalismo que transmita a perspectiva da *solidariedade*.

mo Art. 170 da Carta Federal é, por si só, um elemento de justificação para a busca pelo equilíbrio do desenvolvimento econômico/ meio ambiente, em uma equação que tem por resultado a ideia de autossustentabilidade.

A estruturação da Constituição Federal brasileira de 1988 faz com que a mesma possa ser classificada como pluralista ou compromissória<sup>15</sup> e tal circunstância gera consequências.<sup>16</sup> A classificação que por vezes é analisada por um viés positivo - já que dada sua maior flexibilidade ideológica não gera a busca por caminhos de ruptura sistêmica -, por outro lado, vê-se agora, apresenta alguns problemas. É que esta característica concede espaços para grupos políticos insatisfeitos, ou por erro de avaliação, ou por má-fé, exagerar no grau de flexibilização que a Carta suporta, propondo possibilidades hermenêuticas que fogem por completo às possibilidades semânticas e sintáticas ofertadas pelo Texto Constitucional.

É nesse sentido que se faz importante analisar se há, ou não, no nosso sistema os instrumentais institucionais teóricos e argumentativos para agir em favor da preservação da ordem constitucional quando a alteração de rumo é promovida pelo grupo democraticamente eleito para exercer o governo. Antes que pareça que estamos nos dirigindo em direção a perigoso destino, vale lembrar que, no caso em análise, duas questões preliminares se impõem: primeiro, o direito ao meio ambiente equilibrado e saudável é reconhecido como direito fundamental; e, segundo, no Estado Democrático de Direito (e, no caso, o Estado Constitucional de Direito) o direito do grupo governante é limitado pelas regras do jogo (constitucional).

Ora, se ao Supremo Tribunal Federal foi dada a função por excelência de interpretar as normas constitucionais, é sua função/ dever primordial, então, manifestar-se todas as vezes que essas normas são violadas por desatenção aos seus limites interpretativos. Mais importante ainda é lembrar que direitos fundamentais são espécies que se impõem até mesmo contra a vontade das maiorias democraticamente eleitas.

Daí concluímos que o sistema definido pela Carta de 1988 não apenas concede elementos normativos suficientes para garantir os espaços de preservação a um meio ambiente saudável e equilibrado, como também concede a um específico órgão (que não é, como defenderia Carl Schmitt, o exercente ocasional do poder eleito) o poder de definir quais as fronteiras destes direitos difusos com os direitos econômicos. A questão é de enorme complexidade,

15 SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.60.

16 Durante a Constituinte de 1987-1988 atuaram diversas correntes políticas, inspiradas nas mais diversas ideologias, construindo a mais plural Constituição da história brasileira. Segundo COMPARATO, Fábio Konder. A ordem econômica na Constituição de 1988. *Cadernos de Direito Econômico Empresarial*. **Revista de Direito Público**, n.93, p. 263-267, no decorrer do artigo, explicita que os princípios constitucionais da ordem econômica contemplam, por um lado, a livre iniciativa e o direito de propriedade (princípios de índole liberal); e de outro lado, os valores sociais do trabalho e a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a busca pelo pleno emprego; todas inspiradas em ideologias de viés mais intervencionistas.

pois que não se pode negar o fato de que a produção de riqueza é ela própria viabilizadora de efetivação de direitos fundamentais (principalmente os de segunda geração).

Daí, considerando o papel institucional do Supremo Tribunal Federal, nos sintéticos termos acima colocados, e considerando a possibilidade de existência de abusos contra a Constituição levadas a cabo pelo grupo governante, apresentaremos, na seção subsequente, decisões do Supremo Tribunal Federal, nos últimos cinco anos, consideradas paradigmáticas em matéria em que se vislumbram um possível conflito entre direitos econômicos e direito a um meio ambiente equilibrado e saudável.

## **As Posições Recentes do STF em Matéria Ambiental: Ponderações e Argumentos**

O primeiro caso a ser analisado refere-se ao Recurso Extraordinário 586.224 (SP/STF)<sup>17</sup>. Na oportunidade o Supremo Tribunal Federal analisou a Lei municipal nº 1952, de 2012/95, editada pelo município de Paulínia/SP. O referido município, preocupado com as consequências geradas pela utilização de métodos arcaicos e simplórios em atividades agrícolas dentro de seu território (queima de palha de cana-de-açúcar e o uso do fogo em atividades agrícolas), proibiu, por via legislativa, tais métodos na produção agrícola. Ao analisar a questão também com um olhar pragmático, a Corte considerou inconstitucional a referida Lei municipal alegando que a substituição do homem pela máquina provocaria em um rombo social no âmbito trabalhista, decorrente da dispensa de empregados do setor sendo que a autoridade maior não se encontra em condições de garantir a estes trabalhadores, seus respectivos direitos sociais de forma imediata, com a aplicação da lei municipal.

Mesmo reconhecendo o interesse legítimo do município em fazer com que sua população goze de meio ambiente equilibrado, alegou a Corte ter de considerar questões sociais e políticas (impossibilidade de manejo de máquinas diante da existência de áreas cultiváveis acidentadas; cultivo de cana em minifúndios; trabalhadores com baixa escolaridade; poluição existente independentemente da opção escolhida) de forma a afastar a lei que, supostamente, ao proteger o meio ambiente, traria desproporcional prejuízo socioeconômico para a classe trabalhadora mais humildes da localidade. Vê-se que, embora a decisão pareça apontar para uma visão antiambientalista, os argumentos sustentados pareceram ser razoáveis dentro de um critério de proporcionalidade e razoabilidade.

Um segundo julgamento de grande importância foi aquele em que o Supremo Tribunal Federal (STF) acabou por dar provimento ao Recurso

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Recurso Extraordinário 586.224/ SP**. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrente: Sindicato da Indústria da Fabricação do Alcool do Estado de São Paulo. Recorrido: Câmara Municipal de Paulínia. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8399039>. Acesso em 19 nov. 2020.

Extraordinário (RE) 627189<sup>18</sup>, interposto pela Eletropaulo Metropolitana – Eletricidade de São Paulo S.A, no ano de 2016. Na oportunidade, a Corte fixou a tese de que “enquanto não houver certeza científica acerca dos efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos, gerados por sistemas de energia elétrica, devem ser adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial da Saúde (OMS), conforme estabelece a Lei 11.934/2009”.

Alguns argumentos acabaram por ser relevantes no sentido de demarcar alguns referenciais para o princípio da precaução. Para o ministro Dias Toffoli (redator do Acórdão) havendo relevantes elementos de convicção sobre os riscos, o Estado há de agir de forma “proporcional”. No caso em tela, mencionou ele estudos desenvolvidos pela Organização Mundial de Saúde (OMS) em que se mostra não haver evidências científicas convincentes de que a exposição humana a valores de campos eletromagnéticos nos valores discutidos no caso concreto, cause efeitos adversos à saúde. Ao acompanhar o relator, o ministro Luís Roberto Barroso salientou que o voto do ministro Dias Toffoli “administra de maneira adequada e proporcional os riscos aqui envolvidos”.

Na mesma toada, a ministra Cármen Lúcia ressaltou em seu voto que o princípio da precaução ocorre quando há dúvida, mas dúvida razoável. O ministro Gilmar Mendes reforçou o argumento trazido pelo ministro Teori Zavascki no sentido de que, se no futuro se chegar a um laudo que indique que os dados científicos que foram incorporados pela legislação estão ultrapassados, a norma pode passar a ser considerada inconstitucional, situação que configuraria a chamada inconstitucionalidade superveniente. Vê-se no caso, que a visão da Corte em relação ao princípio da precaução é de reduzir a extensão do instituto, em relação à forma como a define a doutrina ambientalista.

Já em 2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgou improcedente por maioria, a ADI 3937<sup>19</sup>, reconhecendo a constitucionalidade da norma estadual que proibia o uso de qualquer tipo de amianto. É que havia um consenso em torno da natureza altamente cancerígena do mineral e da inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura, conforme entendimento oficial dos órgãos nacionais e internacionais que atuam na saúde em geral e do trabalhador. Na oportunidade, foram argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para declarar proibir o uso de amianto no país os de que tal

---

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 627189/SP**. Recorrentes: Eletropaulo Metropolitana – Eletricidade de São Paulo S/A). Recorrido: Sociedade Amigos do Bairro City Boaçava e Outro(a/s). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12672680>. Acesso em 19 nov. 2020.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3937**. (Plenária). Requerente: Confederação Nacional ds Trabalhadores na Indústria. Relator: Min.Marco Aurélio; Redator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>. Acesso em 19 nov.2020.

uso violaria os direitos à vida, à saúde, ao meio ambiente e à segurança no trabalho. Trata-se aqui de um posicionamento em favor das causas ambientais (em detrimento dos argumentos economicistas).

Outra questão importante foi aquela discutida no âmbito do julgamento do Recurso Extraordinário 654833, em 2018.<sup>20</sup> Na oportunidade, ao tratar de causa referente a dano causado por madeireiros na exploração de terras indígenas no Acre nos anos 1980. Na oportunidade o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, decidiu que é imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental. Esta foi a tese fixada no julgamento, com repercussão geral reconhecida (Tema 999), o que, na prática, concede à decisão, praticamente, eficácias *erga omnes* e vinculante, em grande vitória aos defensores das causas ambientalistas.

Em 2018 foi objeto de julgamento conjunto na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 42 e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 4901, 4902, 4903 e 4937 vários dispositivos do Código Florestal (Lei 12.651/2012). Entre muitas questões suscitadas destacaram-se algumas. Na oportunidade, um dos temas que mais suscitaram debates foi sobre a questão da “anistia” conferida aos proprietários que aderirem ao Programa de Regularização Ambiental (PRA). Porém, o entendimento da Corte foi de que o caso não poderia ser configurado como anistia, uma vez que os proprietários continuam sujeitos a punição na hipótese de descumprimento dos ajustes firmados nos termos de compromisso. Importante ressaltar que o ponto recebeu interpretação conforme do STF a fim de afastar o risco de prescrição ou decadência da punibilidade no decurso do termo de compromisso assumido pelo proprietário.

Outro ponto de grande interesse abordado pelo STF foi com relação à intervenção excepcional em Áreas de Preservação Permanente. Nesse caso, foram reduzidas as hipóteses de intervenção previstas na Lei, ficando determinado que a intervenção por interesse social ou utilidade pública estaria condicionada à inexistência de alternativa técnica ou locacional à atividade proposta.

Por último, temos a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 708<sup>21</sup> que, proposta por quatro partidos políticos (PT, PSOL, PSB e Rede) em face da União Federal, está em tramitação na Corte Constitucional. Trata ela sobre o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima – FNMC

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Extraordinário 654833/AC**. Recorrentes: Orleir Messias Cameli e outro (a/s). Recorrido: Ministério Público Federal. Recorrido (a/s): FUNAI - Fundação Nacional Do Índio. Recorrente: Marmude Cameli E Cia Ltda, Recorrente: Marmude Cameli e Cia. Ltda. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692170212/recurso-extraordinario-re-654833-ac-acre>. Acesso em 19/11/2020.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 708**. Requerente: Partido Socialista do Brasil (PSB); Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Relator. Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5951856>. Acesso em: 19 nov.2020.

(conhecido como “Fundo Clima”), criado pela Lei 12.114, de 9 de dezembro de 2009 e regulamentada pelo Decreto 9.578, de 22 de dezembro de 2018. Na ação relatam-se problemas no funcionamento do referido fundo que evidenciariam uma paralisia operacional e orçamentária, de forma a caracterizar uma omissão da atuação governamental, por violar direito constitucional a um meio ambiente ecologicamente equilibrado assegurado pelo art. 225, *caput*, da Constituição Federal.

A ação está apenas em seu início, mas já se vislumbra sua paradigmaticidade em relação ao tema ambiental e ao olhar que o Supremo Tribunal Federal concederá para a questão ambiental em tempos de crise. Recentemente foi realizada uma audiência pública no Supremo Tribunal Federal que se fez histórica, por tratar, pela primeira vez na Corte, de tema referente a mudanças climáticas. Foram ouvidos 66 especialistas entre cientistas, ambientalistas, indígenas, empresários, economistas do meio ambiente, pesquisadores, parlamentares e representantes do governo federal e de governos estaduais. Embora todas as ações abordadas anteriormente tenham se utilizado dos institutos da *audiência pública* e do *amicus curiae*, a verdade é que nunca nessa proporção. A utilização dos institutos amplia a reflexão e a legitimidade das decisões proferidas, seja do ponto de vista racional, seja do ponto de vista democrático.

Um indicativo de que possam estar sendo elaborados algumas razões de decidir em matéria ambiental caracterizou-se pela manifestação do Ministro Luís Roberto Barroso no final da audiência pública, quando elencou os pontos que exsurgiram dos debates, concedendo, ao que parece, uma prévia do que vem sendo percebido pela Suprema Corte brasileira em matéria de ponderação entre preservação ambiental e desenvolvimento de atividades econômicas.

Foram considerados, então, como incontroversos, os seguintes pontos:

- a) o Brasil está entre os sete maiores emissores de GEE que são responsáveis pelo aquecimento global. Porém, diferentemente de outros países em que as emissões estão associadas ao progresso, industrialização e consumo (ainda que com suas conhecidas externalidades), no nosso caso decorrem de atividades criminosas que incluem desmatamento, extração ilegal de madeira, mineração ilegal e grilagem de terras;
- b) o desmatamento e as queimadas cresceram expressivamente nos anos de 2019 e 2020 no Brasil;
- c) houve redução significativa das autuações e dos embargos pelo Ibama;
- d) setores financeiros e consumidores do mundo ameaçam boicotar os produtos brasileiros;
- e) apesar de já se ter, de modo equivocado, desmatado 20% da Amazônia nos últimos 50 anos, o PIB da região está estagnado em 8% do PIB brasileiro, destruindo-se o ativo que a floresta representa ao Brasil sem correspondente desenvolvimento humano das 25 milhões de pessoas que habitam a Amazônia e sem crescimento econômico da região; não há uma incompatibilidade entre um agronegócio bem gerido e a floresta;
- f) o Fundo Clima tem papel importante na consecução das metas internacionais, como as metas de redução de emissões.



## Conclusão

A possibilidade de que sob o argumento de estarmos diante de uma constituição pluralista (compromissória) os governos alterem de forma significativa políticas de governo, deve ser colocada em questão quando possíveis atuações inconstitucionais na área ambiental estejam em curso em favor da implementação de políticas econômicas liberais mais contundentes.

É nesse sentido que entendemos que em um Estado Constitucional de Direito adotado no Brasil, em que o direito tem por alicerce teórico-filosófico o constitucionalismo pós-positivista, a questão do alcance dos direitos fundamentais em uma ambiência pluricultural e pós-tradicional é uma questão constitucional incontornável, sendo função precípua do Supremo Tribunal Federal com auxílio dos institutos (fundamentais) da *audiência pública* e do *amicus curiae*, definir os marcos demarcatórios entre políticas econômicas e políticas ambientais.

O que se observa é que com a cooperação preciosa dos amigos da corte e da cidadania, o Supremo Tribunal Federal tem condições históricas favoráveis para evoluir na compreensão da causa ecológica, sem deixar de equilibrar suas ponderações com os argumentos econômicos em uma ordem que se almeja sustentável. É fator de um comedido otimismo que as decisões objeto de abordagem neste trabalho aos poucos incorporem expressões tais como “proibição de retrocesso socioambiental”, “mínimo existencial ecológico”, “núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente”, “proteção deficiente ou insuficiente”, “Estado Ecológico de Direito”, “capitalismo socioambiental”.

## Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 7.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

BIFULCO, Raffaele. **Diritto e generazioni future**. Problemi giuridici della responsabilità intergerazionale. Milano: FrancoAngeli, 2008

COGLIANDRO, Giovanni. **Rule of Law. La possibilità del contenuto morale del diritto**. Milão: Giuffrè Editore, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. A ordem econômica na Constituição de 1988. Cadernos de Direito Econômico Empresarial. **Revista de Direito Público**, n.93.

D'ALBERTI, Marco. **Poteri pubblici, mercati e globalizzazione**. Bologna: Il Mulino, 2008.

FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Editorial Trotta, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem econômica na Constituição de 1988**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

GUASTINI, Riccardo. La Constitucionalización del ordenamiento jurídico. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Editorial Trotta, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre facticidade e validade**. 2ª ed. V.2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003,

LANZANA, Antônio Evaristo Teixeira. **Economia Brasileira**. Fundamentos e atualidades. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MARTÍN, Carlos de Cabo. **Teoría Constitucional de la solidariedade**. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2006.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RODOTÀ, Stefano. **La vita e le regole**. Milano: Feltrinelli, 2006.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. (Coord.). **Diccionario de Derecho Constitucional**. 2ª ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2005

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O direito constitucional-ambiental brasileiro e a governança judicial ecológica: estudo à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. *In: Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. 45 Curitiba, 2019, vol. 11, n. 20, p. 42-110, jan-jul, 2019.

SILVA, Ronnie Aldrin. As 26 principais violações ao meio ambiente feitas por Jair Bolsonaro. Carta Capital. *Fev.2020*. Seção: Brasil Debate. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/blogs/brasil-debate/as-26-principais-violacoes-ao-meio-ambiente-feitas-por-jair-bolsonaro/>. Acesso em 03 nov.2020,

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

# A DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE E A MIGRAÇÃO DOS POVOS

**Isabella Reimann Gnas**

Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná,  
Campus de Marechal Cândido Rondon – Estado do Paraná

**Vinicius Gomes Fazuline**

Acadêmico do curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná,  
Campus de Marechal Cândido Rondon – Estado do Paraná

## **Resumo:**

Vive-se em uma sociedade que apresenta mudanças constantes. Tudo o que se modifica em um ritmo acelerado, causa consequências, muitas vezes drásticas, para sua população e para o planeta. Se não bastasse a degradação ambiental para a produção desenfreada, as grandes indústrias prejudicam o bem-estar do ambiente, quando, demasiadamente, emitem gás carbônico para a atmosfera, auxiliando no agravamento do efeito estufa. Deste modo, com a temperatura mundial em uma constante crescente, as mudanças climáticas surgem como sérias repercussões oriundas do descaso e da falta de normas que garantam a proteção ambiental. A partir desta problemática, a questão dos refugiados ambientais e os internamente deslocados, aparecem como consequência, pois como suas “casas de origem” não apresentam condições de vida, estes acabam por migrar para outras regiões, em busca de comida, água, segurança, enfim, dignidade de vida.

**Palavras-chave:** Meio ambiente; Migração; mudanças climáticas;

## **Introdução**

O mundo está cada vez mais globalizado. Inovações tecnológicas surgem a toda hora, e as preocupações se voltam para o crescimento da economia, e se acabam esquecendo do desenvolvimento do ser humano e da preservação ambiental.

Ao passo que a sociedade acumula mais riqueza nas mãos da minoria, uma parcela da população necessita sair de suas casas em busca de sobrevivência. Estes dois fenômenos estão intimamente ligados, pois muitas vezes, a partir do processo de industrialização atrelado à ideologia capitalista de

mercado, o meio ambiente acaba degradado, o que gera impactos ambientais substanciais para a sociedade, podendo tornar inabitáveis ou de difícil subsistência algumas regiões, fazendo com que a população inocente migre ou se desloque para outros lugares, em busca de uma vida mais digna.

E é neste movimento migratório e de deslocamento que se encontra umas das maiores condições desumanas do planeta. Pessoas, iguais a quaisquer outras, se vêem compelidas a aceitar um tratamento cruel por parte de países e estados, que não as aceitam e que não as oferecem e não às garantem dignidade.

Neste sentido, buscar-se-á neste trabalho, a partir de uma revisão teórica exploratória, embasada em artigos científicos, entrevistas, livros, documentos, entre outros, demonstrar a relação entre as mudanças climáticas presentes numa sociedade de risco, com todo o movimento migratório e o caráter indiferente da globalização, de modo a possibilitar a compreensão de que acima de tudo, todos são iguais, e todos necessitam cultivar virtudes de solidariedade e fraternidade, a fim de que o mundo possa ser a casa de todos.

## **Desastres ambientais e a sociedade de risco**

Vivemos no Antropoceno, período em que o homem começa a destruir sua condição de vida no planeta<sup>1</sup>, considerando que a humanidade passou a “acelerar a destruição de solos, a extinção de espécies vegetais e animais, a contaminação de corpos de água, a disseminação de lixo por todos os quadrantes, a acidificação dos oceanos e outras consequências da excessiva carbonização da atmosfera etc” (VEIGA, 2015, p.31).

Essa ação do ser humano no ambiente acarreta desastres, que causam danos cada vez mais intensos, apesar de toda evolução histórica da sociedade, já que, vivemos em um tempo de mudanças climáticas, essas ocasionadas pela ação humana (AMARAL, 2019, p. 17).

Sendo assim, segundo Beck (2019, p.23), “a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção de riscos”. Deste modo, surge a sociedade de risco, que é retratada por vulnerabilidades, ou seja, quanto maior a vulnerabilidade da localidade, maior o risco do acontecimento de desastres.

Amaral *apud* Farber (2019, p. 82), alerta que nas últimas duas décadas mais de quatro bilhões de pessoas foram afetadas por desastres, sendo que mais de um milhão foram mortas, e esses desastres custaram a seus países três trilhões de dólares, ao todo.

Desta maneira, faz-se necessário conceituar desastres, que são eventos capazes de desestabilizar um sistema, tendo como característica serem inesperados ou repentinos, necessitando uma ação imediata (CARVALHO e DAMACENA, 2013, p. 31).

---

1 Disponível em: <<https://www.oeco.org.br/colunas/colunistas-convidados/antropoceno-as-ameacas-a-humanidade/>>. Acesso em: 29/11/2020

Existem alguns fatores que ampliam o risco e o custo dos desastres na sociedade contemporânea, sendo eles: 1. as condições econômicas modernas; 2. o crescimento populacional e a tendência demográfica; 3. decisões acerca da ocupação do solo; 4. infraestrutura verde e construída; 4. mudanças climáticas. Sendo o último fator a ser discutido no próximo tópico.

Neste ímpeto, também existem dois elementos determinantes desses desastres, sendo eles a vulnerabilidade e a capacidade de resiliência.

A vulnerabilidade, para Amaral (2019, p. 63), “é a predisposição ou suscetibilidade de uma comunidade sofrer danos frente a um fenômeno desestabilizador de origem natural e interdependente pressões antrópicas é determinada por uma série de fatores físicos, políticos e sociais”.

Deste modo existem locais que passam por grandes desastres, e conseguem se reconstruir rapidamente, já outros, que passam por desastres de tamanhos menores, porém, nunca conseguem se reconstruir, tendo em vista que são países com maiores desigualdades socioeconômicas, mais pobres, e com menos estrutura, ou seja, países mais vulneráveis.

Já a Resiliência, de acordo com Amaral (2019, p. 70) foi definida no quadro de “Ação de Hyogo 2005-2015”, elaborado na Conferência Mundial sobre Redução de Desastres, que ocorreu no Japão em janeiro de 2005, como:

A capacidade de um sistema, comunidade, ou sociedade potencialmente expostos aos perigos de se adaptar, resistir ou mudar a fim de alcançar e manter um nível aceitável de funcionamento, e esta estrutura é determinada pelo grau em que o sistema social é capaz em organizar a si mesmo e aumentar essa capacidade para aprender com desastres passados para melhor proteção no futuro e para aprimorar as medidas de redução de risco.

Sendo assim, uma comunidade resiliente é uma comunidade que possui recursos e é capaz de organizar-se antes e depois de situações de necessidade, para isso, se faz necessário a identificação, avaliação e classificação das vulnerabilidades. (AMARAL, 2019, p. 71)

Nesta enseada, o desenvolvimento de políticas públicas, objetivando reduzir os riscos de desastres, a fiscalização na gestão dos riscos urbanos, a valorização das estruturas verdes e dos serviços ecossistêmicos, devem ser desenvolvidas pelo Estado, já que são fundamentais para diminuir os riscos de desastres. (CARVALHO e DAMACENA, 2013, p. 141)

Deste modo, “a prevenção dos desastres inicia por um correto planejamento territorial e uma rigorosa disciplina da ocupação do solo”. (AMARAL, 2019, p. 236)

Assim, quando acontecem desastres, e o Estado não consegue se reconstruir, e não consegue entregar à sua população os direitos básicos, como comida de qualidade, água potável, habitação, educação, segurança, entre outros, surge a necessidade de migrar para outros locais, para buscar o básico de dignidade.

## Mudanças climáticas

Ocorreu, nas últimas décadas, aumento na frequência de desastres ambientais e em sua intensidade, ou seja, os danos de grande monta que vem causando, o que para alguns cientistas pode ser vinculado ao aquecimento global, sendo consequência das mudanças climáticas. (AMARAL, 2019, p. 81).

O fenômeno das mudanças climáticas, que é algo extremamente grave e que vem tomando proporções preocupantes, nasce do desequilíbrio do processo produtivo e econômico, quando há emissão de gases de efeito estufa, provocando aumento da temperatura global, que, por sua vez, gera diversas anomalias ambientais, tais como: grandes tempestades, secas, desertificações, furacões, etc.

Segundo Amaral (2019, p.79), o impacto da humanidade na terra está intimamente ligado com as mudanças climáticas, expressão utilizada para resumir as implicações de gases geradores do efeito estufa, produzidos pela indústria moderna, que vêm fazendo o clima da Terra aquecer-se, com consequências potencialmente devastadoras para o futuro.

Ainda, de acordo com Amaral (2019, p.80), o Painel Intergovernamental sobre mudanças climáticas – IPCC (*Intergovernmental Panel on Climate Change*) define mudança climática como:

Alterações no estado do clima, que podem ser identificadas (por meios estatísticos) por mudança na média e/ou variação das suas propriedades e que persiste por um longo período, normalmente décadas. A mudança climática pode ser atribuída a processos naturais internos ou forças externas, ou persistentes mudanças antropogênicas na composição da atmosfera ou no uso da terra.

As mudanças climáticas acarretaram o aquecimento da atmosfera e dos oceanos, a diminuição das quantidades de neve e das concentrações dos gases do efeito estufa.

De acordo com Carvalho e Damacena (2013, p. 51):

As mudanças climáticas podem ser tratadas como um fator gerador global e transversal a todos os demais fatores na amplificação dos riscos dos custos envolvendo a ocorrência de desastre naturais e mistos, principalmente em razão do aumento na ocorrência de eventos climáticos extremos por este fenômeno global. As mudanças climáticas irão, indubitavelmente, aumentar a conexão entre as questões envolvendo desastres e o meio ambiente, numa intensificação das relações entre a regulação dos desastres e o Direito Ambiental.

Deste modo, o IPCC diagnosticou alguns riscos causados pela mudança climática, sendo eles, de acordo com Carvalho e Damacena (2013, p. 52):

i) Possibilidade de extinção de espécies; ii) a intensificação de processos de erosão e das enchentes em zonas costeiras, o que terá o efeito

de aumentar ainda mais a pressão sobre as zonas costeiras, áreas dotadas de grande vulnerabilidade ambiental; iii) aumento da vulnerabilidade de indústrias e acúmulos populacionais situados em planícies costeiras ou áreas alagadas, ainda mais quando estas dependerem de recursos sensíveis a alterações climáticas; iv) a possibilidade da saúde de milhões de pessoas vir ser afetada por oscilações e eventos climáticos extremos; v) na oscilação descendente da produtividade agrícola, em decorrência as mudanças climáticas.

Porém, não importa o quanto falamos de mudanças climáticas, o enfrentamento é muito desafiador, tendo em vista que ela é invisível, não se possui um número preciso, o que causa dúvida sobre sua existência entre as pessoas. (CARVALHO e DAMACENA, 2013, p. 53).

Assim, Amaral (2019, p. 83), diz que o relatório do IPCC de 2007, relatou que as áreas costeiras são as mais afetadas por eventos extremos, como tempestades tropicais, furacões, inundações, assim como as ondas de seca e calor ocorrendo com mais frequência.

Nesta enseada, pode-se constatar o elo entre as mudanças climáticas e o número crescente de desastres ambientais pelo mundo (AMARAL, 2019, p. 84). É ainda, o fato da sociedade se omitir diante das mudanças climáticas e desconsiderá-las, a torna menos preparada para o seu enfrentamento, e ainda, para o enfrentamento de possíveis desastres que venham a surgir por causa do fenômeno. (CARVALHO e DAMACENA, 2013, p. 55)

Somadas as anomalias ambientais, também existem as sociais, como é o caso da migração e deslocamento interno ocasionados pela mudança climática, uma vez que, em virtude de não haver boas condições de vida nos locais em que vivem, estes indivíduos buscam em outros lugares, a garantia do simples direito de vida digna e, conseqüente, desenvolvimento integral de cada um. (FONTELES, 2019)

## **Movimento migratório**

Como visto alhures, a sociedade, e seu futuro, está em risco, em virtude de práticas insustentáveis de crescimento, embasadas numa cultura de insaciabilidade, e no desprezo pelo meio ambiente. A partir do des zelo com os recursos naturais em virtude de um desgaste violento e irresponsável da natureza, mudanças climáticas ocorrem e acabam tornando lugares, muitas vezes, inabitáveis ou de difícil desenvolvimento humano.

Isto faz com que os habitantes destes locais, saiam de suas casas em busca de se obter a possibilidade de viver dignamente, com condições que propiciem direitos básicos e fundamentais: saúde, moradia, trabalho, alimentos, educação, segurança, entre outros.

É fato que esse fluxo migratório se dá em razão de diversos fatores, sejam eles políticos ou de guerra, mas também acontecem em virtude das mudanças climáticas. Para melhor compreender esta questão, é importante ressal-

tar que existe o movimento migratório entre nações diversas e o movimento dos internamente deslocados, atinente a migrações internas nos Estados-nações.

Os primeiros foram definidos pela Convenção da Organização das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 como

qualquer pessoa que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.<sup>2</sup>

Os internamente deslocados, por sua vez, são definidos pelos Princípios Orientadores aos Deslocados Internos adotados pelas ONU em 1998 como

pessoas, ou grupos de pessoas, forçadas ou obrigadas a fugir ou abandonar as suas casas ou seus locais de residência habituais, particularmente em consequência de, ou com vista a evitar, os efeitos dos conflitos armados, situações de violência generalizada, violações dos direitos humanos ou calamidades humanas ou naturais, e que não tenham atravessado uma fronteira internacionalmente reconhecida de um Estado.<sup>3</sup>

A partir das conceituações de refugiados e de deslocados internamente, verifica-se que no tocante aos refugiados, o rol de categorias parece ser taxativo, não incluindo a questão climática. Conforme explica Carolina de Abreu Batista Claro (2018)<sup>4</sup>, em entrevista dada à Revista IHU on-line, os migrantes climáticos, que são denominados costumeiramente como refugiados ambientais, não são considerados refugiados, propriamente ditos, pela referida Convenção.

O mesmo acontece com os internamente deslocados, uma vez que, apesar de constar em sua causa as calamidades naturais, os Princípios Orientadores, conforme aduz Erika Pires Ramos (2011, p. 72<sup>5</sup>), “não constituem um documento obrigatório”, não sendo suficientes para garantir os direitos inerentes a este povo, carecendo de um instrumento internacional de alcance geral com força vinculante.

2 Disponível em: <[https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf)>. Acesso em: 05/10/2020.

3 Disponível em: <<https://www2.ohchr.org/english/issues/idp/GPPortuguese.pdf>>. Acesso em: 05/10/2020.

4 Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/584707-refugiados-ambientais-uma-categoria-nao-reconhecida-entrevista-especial-com-carolina-de-abreu-batista-claro>>. Acesso em: 19/06/2020.

5 Disponível em: <[https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados\\_Ambientais.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados_Ambientais.pdf)>. Acesso em: 05/10/2020.



Assim, em virtude de um reconhecimento internacional da categoria dos refugiados ambientais, bem como a falta de uma legislação aplicável no caso dos internamente deslocados, estes acabando sofrendo com a ausência de proteção jurídica, não os conferindo o direito de migrarem, nem o dever de os Estados os acolherem.

Segundo o sítio virtual do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, com a sigla ACNUR, “estima-se que a cada segundo uma pessoa é deslocada em razão de um desastre ambiental, com uma média de 22,5 milhões de pessoas deslocadas por eventos climáticos ou relacionados ao clima desde 2008”<sup>6</sup>, conforme dados disponibilizados pelo Internal Displacement Monitoring Center em 2015.

Mais que reconhecimento do direito de migrar, é dignidade da pessoa humana que falta ser reconhecida e garantida a este povo. Todos estão em busca de condições de subsistência. Ninguém sai de sua casa, deixando tudo para trás, por prazer, mas sim, por necessidade. A falta de fraternidade e solidariedade dos países e/ou regiões procuradas pelos migrantes rompem com o que é proclamado pelos direitos humanos, e os reduzem, muitas vezes, à inimigos da pátria, enquanto estes, apenas buscam por sobrevivência.

Além disto, nos casos dos migrantes climáticos, são eles que sofrem as consequências da degradação ambiental provocada por uma universalidade de pessoas. Como visto, as mudanças no clima são advindas da própria atuação irresponsável do homem, contudo, é a camada mais excluída da sociedade que acaba, novamente, sendo mais prejudicada, uma vez que quem possui capital, não sofre as condições desumanas de uma migração por sobrevivência.

O Papa Francisco, em sua recentíssima Encíclica Fratelli Tutti, traz como uma das problemáticas discutidas, a questão migratória, inclusive, a oriunda de catástrofes naturais. Neste documento, o Pontífice da Igreja Católica retrata muito bem o contexto dos migrantes/refugiados, dizendo que

ainda por cima, «alguns países de chegada, os fenómenos migratórios suscitam alarme e temores, frequentemente fomentados e explorados para fins políticos. Assim se difunde uma mentalidade xenófoba, de clausura e retraimento em si mesmos. Os migrantes não são considerados suficientemente dignos de participar na vida social como os outros, esquecendo-se que têm a mesma dignidade intrínseca de toda e qualquer pessoa. Consequentemente, têm de ser eles os «protagonistas da sua própria promoção. Nunca se dirá que não sejam humanos, mas na prática, com as decisões e a maneira de os tratar, manifesta-se que são considerados menos valiosos, menos importantes, menos humanos. (2020)<sup>7</sup>

6 Disponível em: <[7 Disponível em: <\[http://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco\\\_20201003\\\_enciclica-fratelli-tutti.html\]\(http://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco\_20201003\_enciclica-fratelli-tutti.html\)>. Acesso em:](https://www.acnur.org/portugues/temas-especificos/mudancas-climaticas/#:~:text=Desde%202009%2C%20estima%2Dse%20que,desde%202008%20(IDMC%202015).&text=Leia%20mais%20sobre%20o%20ACNUR,mudan%C3%A7as%20clim%C3%A1ticas%20(em%20ingl%C3%AAs).>. Acesso em: 05/10/2020.</p></div><div data-bbox=)

É nesta preocupação que deve se fundar as ações acerca do problema migratório climático. Ao não ter reconhecida dignidade desta parcela de seres humanos, o reconhecimento destes como migrantes não virá e a criação de instrumentos vinculativos para tratar desta problemática, não será uma linha de ação urgente dos países ou de quem compete a discussão. A globalização da indiferença estará impregnada numa sociedade globalizada, que fazem de todos, vizinhos, mas não os fazem irmãos<sup>8</sup> (BENTO XVI, 2009).

## Considerações finais

A dignidade é o mínimo que toda a pessoa necessita ter para viver. Não basta sobreviver, “aos trancos e barrancos”, mas se fazem necessárias condições que possibilitem o desenvolvimento integral do ser humano.

Historicamente, ao preterir o meio ambiente ao capital, o planeta acabou sendo degradado de tamanha maneira, que diversos locais tornaram-se de difícil habitação, sejam com as desertificações, secas, grandes tempestades, tornados, enfim.

A partir disso, não se observando condições para subsistir, as pessoas precisaram sair de suas casas, na busca de um local em que pudessem cultivar seu alimento, educar seus filhos e ter segurança para viver. Entretanto, neste movimento, esbarraram-se em fronteiras de egoísmo, que não permitiram dignidade humana alguma. Foram jogados aos cantos, não os recebendo como seres humanos, mas os reconhecendo como verdadeiros indignos de viver em sociedade.

A falta de instrumentos políticos e jurídicos é uma das problemáticas que fazem com que os migrantes e os internamente deslocados passem por esta situação. Mas acima de tudo, a ausência de gestos solidários e fraternos com o outro, é que faz deste fato, algo mais preocupante. A insensibilidade do ser humano em reconhecer a humanidade daquele outro ser é o que mais machuca. Diante de uma sociedade de risco, que se encontra, também, em risco, não há espaço para preconceito e irresponsabilidade social, mas sim, necessidade de preenchimento desta sociedade com respeito, isonomia e fraternidade, a fim de que os malefícios causados pelo mercado de capital, não acabem com a humanidade do ‘ser humano’.

## Referências

AMARAL, Marcia do. **O Papel do Direito Urbanístico na Sociedade Potencializadora de Desastres**. Curitiba: Appris Editora, 2019.

BECK, Ulrich. **Sociedade em Risco: Rumo a outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010.

---

05/10/2020.

8 Disponível em: <[http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/encyclicals/documents/hf\\_ben-xvi\\_enc\\_20090629\\_caritas-in-veritate.html](http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html)>. Acesso em: 25/11/2020.

BENTO XVI, Papa. **Carta Encíclica Caritas In Veritate do Sumo Pontífice Bento XVI aos Bispos, aos Presbíteros e Diáconos, às Pessoas Consagradas, aos Fiéis Leigos e a Todos os Homens de Boa Vontade Sobre o Desenvolvimento Humano Integral na Caridade e na Verdade.** Disponível em: <[http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/encyclicals/documents/hf\\_ben-xvi\\_enc\\_20090629\\_caritas-in-veritate.html](http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html)>. Acesso em: 25/11/2020.

CARVALHO, Delton Winter de, e DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

**Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951).** Disponível em: <[https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf)>. Acesso em: 05/10/2020.

FRANCISCO, Papa. **Carta Encíclica Fratelli Tutti do Santo Padre Francisco Sobre a Fraternidade e a Amizade Social.** Disponível em: <[http://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20201003\\_enciclica-fratelli-tutti.html](http://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html)>. Acesso em: 05/10/2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **ACNUR: 5 dados sobre refugiados que você precisa conhecer.** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acnur-5-dados-sobre-refugiados-que-voce-precisa-conhecer/>>. Acesso em: 20/06/2020.

NECCHI, Vitor. **Refugiados ambientais:** uma categoria não reconhecida. Entrevista especial com Carolina de Abreu Batista Claro. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/584707-refugiados-ambientais-uma-categoria-nao-reconhecida-entrevista-especial-com-carolina-de-abreu-batista-claro>>. Acesso em: 19/06/2020.

ODS, Estratégias. **Como ficam os refugiados?** Disponível em: <<http://www.estrategiaods.org.br/como-ficam-os-refugiados-do-clima/>>. Acesso em: 19/06/2020.

**Princípios Orientadores Relativos aos Deslocados Internos.** Disponível em: <<https://www2.ohchr.org/english/issues/idp/GPPPortuguese.pdf>>. Acesso em: 05/10/2020.

RAMOS, Érika Pires. **Refugiados Ambientais:** em Busca de Reconhecimento pelo Direito Internacional. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <[https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados\\_Ambientais.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados_Ambientais.pdf)>. Acesso em: 05/10/2020.

UN News. **Migration and the climate crisis:** the UN's search for solutions. Disponível em: <<https://news.un.org/en/story/2019/07/1043551>>. Acesso em: 20/06/2020.

VEIGA, José Eli da. **Para Entender Desenvolvimento Sustentável.** São Paulo: Editora 34, 2015.

VIEIRA, Litz. **Antropoceno: As Ameaças à Humanidade.** Disponível em: <<https://www.oeco.org.br/colunas/colunistas-convidados/antropoceno-as-ameacas-a-humanidade/>>. Acesso em: 29/11/2020

WEDY, Gabriel. **Desenvolvimento Sustentável na Era das Mudanças Climáticas:** um direito fundamental. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

WEDY, Gabriel. **Litígios climáticos**: de acordo com o Direito Brasileiro, Norte-Americano e Alemão. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

# GLOBALIZAÇÃO, NOVOS ATORES E O CASO “MARIANA”: VISÃO CRÍTICO-JURÍDICA DE UM DESASTRE ANUNCIADO

**Jéssica Cindy Kempfer**

Universidade Luterana do Brasil

**Regiane Nistler**

Universidade Estácio de Sá

## **Resumo:**

O artigo tem por tema o desastre ecológico e social “Mariana”. Com os processos de globalização e das novas tecnologias de informação, começam a surgir uma série de atores políticos que não estão adstritos apenas as fronteiras de um único Estado. Esses atores passam a exercer grande força política, econômica e jurídica, afetando diretamente os direitos dos humanos, que passam a seguir a lógica de mercado. A partir disso, o objetivo do presente estudo é analisar a definição de “desastre” dada ao episódio ocorrido na Barragem de Fundão, Minas Gerais. Para isso, utilizando-se o método dedutivo, se abordará os elementos básicos do processo de globalização, o desenvolvimento de novos agentes supraestatais e a violação de direitos na lógica de mercado e de que forma isso afeta no desenvolvimento humano, para, por fim, tratar do denominado “desastre de Mariana”.

**Palavras-chave:** Barragem de Fundão; Dano social; Crime dos poderosos; Direitos Humanos; Desenvolvimento Humano.

## **Introdução**

Os processos de globalização e das novas tecnologias de informação, não tão recentes nos dias atuais, desnudaram as desigualdades entre a fortaleza do direito comercial global e a fragilidade dos ordenamentos nacionais receptores da atividade econômica. Nesse contexto de globalização e, principalmente, a partir do início do século XXI, surgiram uma série de atores políticos que não estão adstritos às fronteiras geográficas e de soberania de um único Estado.

As empresas privadas, nessa lógica, passam a exercer grande força po-

lítica, econômica e jurídica, afetando diretamente os direitos das pessoas, direitos esses que começam a ser interpretados conforme a lógica econômica, com primazia da lógica de mercado. Interesses públicos, coletivos e privados se compõem de modo variado, convergido ou divergido em relação às posições de força contratual para as contrapartidas oferecidas. Considerando a situação retratada, o artigo tem por objetivo analisar o enfoque dado ao episódio ocorrido na Barragem de Fundão, em Minas Gerais, também conhecido como caso “Mariana”. Sobre esse caso, problematiza-se: trata-se de um “desastre” ecológico e social?

A pesquisa se utilizará, para oferecer uma resposta ao problema, do método dedutivo. Parte de uma revisão bibliográfica, com abordagem técnica qualitativa, dando ênfase, na primeira parte, aos elementos básicos do processo de globalização e o surgimento de novos agentes supraestatais. Depois, se discorrerá sobre a violação dos direitos humanos e danos sociais, em uma premissa que se encaixa com a lógica de mercado, onde o poder econômico e político sejam um eixo cotidiano que permite as empresas influenciar diretamente os responsáveis dos estados em suas estruturas e organismos. Por fim, trata-se do fato ocorrido em Mariana sob uma perspectiva de um crime organizacional.

## **Uma Nova Zona Institucional de Agentes Privados**

A globalização e as novas tecnologias da comunicação e informação proporcionam que uma variedade de atores políticos locais entre em arenas internacionais que antes eram exclusivas dos Estados nacionais. Se, a partir de 1945, a soberania dos Estados cedeu em razão do surgimento da Organização das Nações Unidas, da qual hoje a maioria dos países fazem parte, bem como dos inúmeros Tratados Internacionais de Direitos Humanos que os Estados ratificaram; nos últimos anos, o fenômeno do transnacionalismo, aliado à globalização e, principalmente, o surgimento de empresas transnacionais e o fluxo financeiro transnacional, rompeu um pouco mais com as soberanias estatais.

As pessoas físicas e jurídicas, nesse sentido, não estão mais adstritas às fronteiras de um único Estado soberano. A sociedade vem se transformando e, com isso, o papel exercido pelos seus atores, tanto estatais como não estatais, vem se alterando, principalmente do plano nacional para o internacional e/ou global.

São inúmeras as propostas para definição da globalização como um evento de integração global. De uma forma geral, este fenômeno implica em uma intensificação de relações sociais e em uma atenuação da distância territorial entre os acontecimentos e que, dessa forma, está intimamente ligada a aceleração de uma economia mundial e de um universalismo de mercado.

A globalização trata-se, em síntese, de uma integração sistêmica da economia em um nível transnacional, alicerçada na mercantilização do conheci-

mento, na eficiência, na produtividade e deflagrada pela subsequente ampliação das redes empresariais e financeiras, em uma escala global, atuando cada vez mais independente dos controles políticos e jurídicos de nível nacional.

A intervenção desse sistema na economia está consubstanciada no que se convém chamar de globalização econômica, um fenômeno multifacetado que exerce uma forte pressão para a desregulação de uma série de mercados, setores econômicos e fronteiras nacionais, assim como para a privatização das empresas e funções do setor público.<sup>1</sup> Esse fenômeno acarreta uma diminuição generalizada da importância estatal e, nessa nova ordem socioeconômica, o direito positivo enfrenta dificuldades crescentes na edição de normas.

O fenômeno da globalização econômica vem criando uma forma de direito global composto por uma variedade de sistemas normativos parciais e autônomos para a administração de setores especializado, que envolve, em um só tempo, integração e fragmentação. As empresas privadas passam a, cada vez mais, substituir o Estado como ator principal e a criar uma ordenação socioeconômica diferenciada. A globalização vem se mostrando como poder do capital global para limitar os estados nacionais e obrigá-los a adotar determinadas políticas.<sup>2</sup>

Nesse contexto, cada vez mais as empresas privadas vem, progressivamente, substituindo o Estado como ator principal, criando algo diferenciado em termos de ordenação socioeconômica e regulação político-administrativa.<sup>3</sup> Existe uma maior mobilidade geográfica e descentralizada da produção econômica, as empresas antes multinacionais passam a ser transnacionais, que se desvinculam cada vez mais de seu país de origem e instalam suas unidades produtivas em diferentes pontos, passando a fabricar e a vender seus produtos para o planeta como um todo.

Os atores privados expandem sua atuação pelo cenário internacional e desconhecem as tradicionais fronteiras estatais, chamam para si um protagonismo que antes era exercido pelos Estados. Estes atores que interagem através das fronteiras nacionais, em um tipo de vinculação extra-estatais, são tratados como atores transnacionais. Eles atuam em um ambiente onde a política estatal exerce pouca ou nenhuma capacidade regulatória.

Esse novo processo pode ser interpretado, em termos da desconexão incipiente entre autoridade exclusiva, sobre o território e as pessoas que costumavam ser associadas ao Estado nacional. A intensidade crescente de transações entre as grandes cidades tem criado uma forma de organização transfronteiriça estratégica em formato de rede global.<sup>4</sup>

O ponto fundamental, nessa configuração, é o enfraquecimento da autoridade formal exclusiva dos Estados sobre o território nacional. Isso facilita

---

1 SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales.** Buenos Aires: Katz, 2015. p.281.

2 SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridad y derechos.** p.282.

3 FARIA. **O direito na economia globalizada.** p. 62.

4 SASSEN, Saskia. **Sociologia da Globalização.** p. 158.

a ascensão de espaços e atores subnacionais e transnacionais e gera a possibilidade de novas formas de poder e política em diversos níveis.

A proliferação de sistemas autorregulados é evidente em setores dominados por grandes empresas.<sup>5</sup> Esta tendência indica que o sistema econômico global precisa de governança, embora de um tipo diferente, e que os Estados cada vez mais são menos competentes para abordar alguns pontos dessa nova organização de poder.

As grandes instituições privadas apontam uma mudança de autoridade do público para o privado quando se trata de comandar e economia global. Elas também modificam a capacidade normativa do Estado a este respeito, levantando questões sobre a soberania do Estado e a governança dos processos econômicos globais. Dessa forma, acabam por surgir importantes mecanismos de governança cuja autoridade não está centrada no Estado. Existem vários agentes privados, com bastante ou pouca influência, que atuam sob a perspectiva dessa nova ordem normativa que perpassa por diversos Estados e territórios.

A produção normativa se redimensiona, em termos de produção e regulação, para que possa oferecer respostas mais rápidas do que àquelas apresentadas pelo Estado. Passa-se a um exercício de poder hegemônico das mais diversas naturezas, que institui instrumentos de governança global ante a redução do Estado.<sup>6</sup> Assim, o poder estatal perde a sua centralidade. Os organismos transnacionais e supranacionais se estruturam. O Estado moderno não é mais o centro único e soberano do poder. É inegável a interdependência intensificada entre os Estados nas relações internacionais.<sup>7</sup>

Os novos paradigmas do Estado colocam em discussão todas as noções, temas e problemas da relação público-privada. Com o alargamento das fronteiras entre público e privado e, com essa mudança estrutural dos conceitos, não se pode mais manter imutáveis os dogmas e códigos de referência da doutrina jurídica tradicional. A ordem jurídica global, geralmente descrita como construída ao longo de linhas verticais, passa a ser, no entanto, essencialmente constituída por linhas horizontais entre as agências nacionais, globais e autoridades fiscais e reguladoras. É um sistema amplamente baseado em cooperação tanto em nível interestadual quanto no nível global.<sup>8</sup>

Esse pluralismo jurídico, ocorrido com o surgimento de novos agentes supraestatais, acaba seguindo uma lógica de mercado: do máximo benefício econômico em menos tempo. Daí que a fusão do poder econômico e político permite às empresas influenciar diretamente estruturas e organismos estatais, o que vem gerando uma série de violações dos direitos humanos, sociais e

5 SASSEN, Saskia. **Territory, authority, rights: from medieval to global assemblages.** p. 243.

6 STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do direito global.** p. 19-21.

7 VIVIANI, Maury Roberto. **Constitucionalismo global: crítica em face da realidade das relações internacionais no cenário de uma nova ordem mundial.** p. 121.

8 CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato.** Bari/Roma: Laterza, 2006, p. 12.



laborais.

## A Mercantilização dos Direitos Humanos e o Dano Social

A globalização econômica na estrutura neoliberal é o espaço onde se articula um novo modelo de empresa ajustada a novos tipos de obrigações. Esse novo sistema de regulação das empresas requer que se realize uma reflexão sobre os danos por elas gerados, incluindo-se os danos sociais e, como objeto deste artigo, ecológicos.

Os direitos humanos constituem o principal desafio para a humanidade nos primórdios do século XXI. Os limites impostos ao longo da história pelas propostas do liberalismo político e econômico exigem uma reformulação geral que os aproximem da problemática pela qual passamos, incluindo-se as problemáticas já citadas no parágrafo anterior e, ainda, as problemáticas da efetividade dos direitos, do acesso aos direitos, etc.<sup>9</sup>

A Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece, em seu artigo 25, que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar. Contudo, a ausência de regulação dos direitos sociais no âmbito multilateral é uma realidade. O livre comércio não acompanha, nem sequer no plano formal, a regulação e desenvolvimento dos direitos sociais e trabalhistas

A Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho<sup>10</sup> tenta reunir alguns mínimos direitos trabalhistas fundamentais que funcionem como padrões laborais no marco do comércio internacional e da atividade das empresas transnacionais. Mas pode-se dizer que os direitos humanos e, dentre eles, os direitos trabalhistas, não são regulados de fora para dentro das empresas e sim negociados em sede contratual, em atividades que respeitam apenas a lógica da negociação.

A Reforma Trabalhista, por exemplo, Lei 13.467, de 13/07/2017, alterou regras para flexibilização das relações de trabalho. Dentre as alterações, está a possibilidade de acordos coletivos prevalecerem sobre a legislação e a possibilidade de modificação da jornada de trabalho (antes limitada a 8 horas diárias, agora pode passar a 12 horas).

Pode-se argumentar que “as entidades sindicais, por meio de procedimentos mais rápidos e informais, de natureza negociada, estariam mais aptas a criar e adaptar as normas específicas para cada circunstância e setor da economia”<sup>11</sup>

9 FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução de: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 17.

10 a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. 1998. Disponível em: <[https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration\\_portuguese.pdf](https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf)>. Acesso em 21 mai. 2019.

11 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Consolidação das leis do trabalho 70 anos depois: reforma trabalhista, desregulamentação e flexibilização. Revista eletrônica [do] Tribunal

O Estado se abster de interferir, mesmo na esfera da negociação coletiva, gera um risco de voltarmos a opressão de trabalhadores que se sujeitam a péssimas condições de trabalho por temer o desemprego. O empregador, economicamente mais forte, acabava impondo as condições necessárias à manutenção de seus lucros.

Assim, se torna menos clara a distinção entre público e privado. Interesses públicos, coletivos e privados se compõem de modo variado, convergido ou divergido em relação às posições de força contratual para as contrapartidas oferecidas.

A disputa entre o público e o privado, entre o interesse geral e individual, se transforma nos interesses particulares das empresas. O eixo central é a consagração do indivíduo-sujeito, que exige o desaparecimento de todos os atores políticos coletivos, como o Estado, em benefício de somente a entidade comum concebível, de uma sociedade de indivíduos livres e autossuficientes sem mais obrigações do que as consigo mesmo.<sup>12</sup>

As boas práticas ficam submissas ao modelo econômico, mas o maior problema reside, não tanto na eficácia das mesmas, mas na desigualdade. Essa ideia tão elementar nos permite questionar os valores sobre os quais se constroem o sistema capitalista e o conceito de democracia.<sup>13</sup>

A divisão da riqueza, a subordinação do individual ao coletivo e os limites do crescimento econômico são categorias que necessitam voltar ao centro dos debates em torno da ética econômica. É evidente que a falta de regras é o que levou, entre outras coisas, ao mundo das finanças a extremos.<sup>14</sup>

A cidadania se substitui por consumidores, a lei pelo contrato assimétrico, as normas públicas por acordos privados e as regulações de direitos laborais e sociais por privatizações e desregulações. O binômio democracia-desenvolvimento humano está sendo substituído por preferências de mercado.<sup>15</sup>

Se tem optado por estabilizar os mercados financeiros em lugar de apoiar as estratégias pela reconstrução do estado de bem-estar. Já as medidas a favor da cidadania se mostram cada vez mais escassas e de muito curto alcance.<sup>16</sup>

Existe uma vinculação da ética empresarial com o aumento de benefícios para as empresas. Seus objetivos são buscar preços competitivos. Se considera que a ética empresarial parte da ética econômica e social e seus contornos delimitam os valores e os limites sobre os que se deve desenvolver o

---

Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 2, n. 24, p. 39-44, out. 2013.

12 CARDOSO JÚNIOR, Nerione N. **Hanna Arendt e o declínio da esfera pública**. 2 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007. p. 87.

13 ZUBIZARRETA, Juan Hernández. **Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa**. Bilbao: Hegoa, 2009. p. 528.

14 CAMPUZANO, Julios., Globalización, Pluralismo Jurídico y Ciencia del Derecho. In: Dimensiones Jurídicas de la Globalización. Dykinson, Madrid, 2007. p. 27

15 CAMPUZANO, Julios, Globalización, Pluralismo Jurídico y Ciencia del Derecho. p. 28

16 ZUBIZARRETA, Juan Hernández. **Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa**. Bilbao: Hegoa, 2009. p. 538.

mercado.<sup>17</sup>

A realidade dos mecanismos de mercado não está ligada a convicção do direito de estabelecer um novo equilíbrio entre mercado e democracia e sim a redução das políticas públicas, a privatização, a desregulamentação e a criação de regras para favorecimento das atividades econômicas das empresas transnacionais.<sup>18</sup>

Assim nos espaços redimensionados pela globalização não há como se pensar em livre comércio sem mensurar suas consequências humanas e sociais. Não apenas conflitos globais carecem de referentes humanistas no seu trato, mas também conflitos setorizados precisam receber atenção transnacional materializadas no Direito Global com apoio de instrumentos efetivos de governança, transcendendo a tradicional compreensão do humanismo na incidência das experiências traumáticas de crimes contra a humanidade.<sup>19</sup>

Para redefinir novos valores universais é necessário passar por propostas que modifiquem as regras atuais. É importante situar os direitos humanos e sociais como um eixo ético, político e jurídico das relações internacionais e nacionais já que, em outras questões, dispõem de uma ampla bagagem jurídico internacional. Contudo a unilateralidade nas relações internacionais, a força como instrumento para a resolução de conflitos e a subordinação dos direitos civis e políticos às regras de mercado tem sido o modo de funcionamento. A globalização não está implicando em uma construção de um direito humano universal, mas em uma comercialização e relativização desses direitos.

O que se tem é a violação dos direitos humanos e sociais, por parte das empresas nacionais ou transnacionais e uma crescente dificuldade de responsabilização jurídica destas empresas, em função da substituição da função normativa do Estado pela regulação privada.<sup>20</sup> De certa forma, pode-se afirmar que essas violações são uma barreira para um desenvolvimento humano adequado.

O dano social está relacionado com a máxima capitalista do máximo benefício no menor tempo, unida com a ânsia do poder e da acumulação de riquezas.<sup>21</sup> Certo de que suas atividades deveriam ser pautadas pelo respeito aos direitos, contudo o Estado Fragmentado não tem folego para tratar dessas situações.

A impunidade é expressa em várias formas de violação que vão des-

---

17 GARZA TOLEDO, Enrique de la. Problemas clásicos y actuales de la crisis del trabajo. In: **El Futuro del Trabajo. El Trabajo del futuro**. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. 2001. p. 11-31. Disponível em: < <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20101102085819/1garza.pdf> > Acesso em 13 dez. 2017.

18 GARZA TOLEDO, Enrique de la. Problemas clásicos y actuales de la crisis del trabajo.

19 STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do direito global**. p. 77-79.

20 ZUBIZARRETA, Juan Hernández. **Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa**. Bilbao: Hegoa, 2009. p. 235.

21 ZUBIZARRETA, Juan Hernández. **Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa**. Bilbao: Hegoa, 2009. p. 254

de a promoção de guerras de agressão e conflitos interétnicos, para controlar recursos econômicos e aumentar a indústria bélica até a violações gerais de direitos humanos e trabalhistas, demonstrado pelos índices de trabalho infantil, de trabalho em condições análogas à de escravo, de trabalho forçado e até mesmo de negação dos direitos dos povos.<sup>22</sup>

Nunca vamos poder efetivamente avaliar o dano real que esses atos produzem. Não somente o delito definido legalmente é limitado e simplificados das relações sociais, se não que ademais, a perseguição e o processamento somente de alguns desses delitos impedem ver até que ponto outras ações geraram um dano maior. Se pensarmos naquelas ações ou cadeias de ações que não são levadas em conta como delito, mas que causam exponencialmente mais danos que aqueles, e que, por não estar definidas como comportamentos daninhos não chamam a atenção midiática, ou são manipuladas por esta.<sup>23</sup>

De um modo contínuo continuamos assistimos durante as últimas décadas à substituição dos direitos obtidos por aquilo que se denomina de liberdades. Em definitivo, entramos num contexto em que a extensão e a generalização do mercado fazem com que os direitos comecem a ser considerados como custos sociais das empresas.<sup>24</sup>

As normas de comércio e inversões e as instituições que as ratificam e modificam, reinterpretem e adequam os contornos centrais dos ordenamentos jurídicos aos interesses das empresas transnacionais. Interesses públicos, coletivos e privados se compõem de modo variado, convergido ou divergido em relação às posições de força contratual para as contrapartidas oferecidas.

Existe a necessidade de modificar as relações sociais, a lógica de produção e de distribuição. A relação das empresas deve desde as questões políticas e as relações de poder. A partir de aqui as empresas e o estado dever ser objeto de reflexão. O ponto de vista não deveria se restringir ao que a lei penal e os estados definem como delito, mas sobre uma visão humanista que os leva a ser defensores dos direitos humanos e não meros guardiões do controle social imposto pela lei penal.<sup>25</sup>

Desde esta perspectiva, então, a inter-relação cada vez mais clara entre sofrimento e globalização, nos deixa ver que o delito legalmente definido, a dogmática penal e o sistema de justiça penal como ferramentas para compreender e tratar grandes crimes internacionais aos processos que geram um grande dano social, resultam muito limitadas, pouco eficientes e obsoletas.<sup>26</sup>

22 ZUBIZARRETA, Juan Hernández. **Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos**: história de una asimetría normativa. p. 256

23 BERNAL, Camilo Ernesto; CABEZAS, Sebastián; FORERO, Alejandro; RIVERA, Iñaki; VIDAL, Iván. Un debate epistemológico sobre el daño social, los crímenes internacionales y los delitos de los mercados. In: RIVERA, Iñaki (Coord.). **Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social**. Barcelona: Anthropos, 2014. p. 62.

24 FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. p. 24.

25 BERNAL, Camilo Ernesto; CABEZAS, Sebastián; FORERO, Alejandro; RIVERA, Iñaki; VIDAL, Iván. **Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social**. p. 63

26 BERNAL, Camilo Ernesto; CABEZAS, Sebastián; FORERO, Alejandro; RIVERA,

Este século continua expressando as mesmas atrocidades, mas o poder devastador da globalização, que agora também é financeiro e midiático, tem levado ao desastre o projeto vital de numerosas famílias e pessoas em todos os cantos.

## O “Desastre” de Fundão: Caso “Mariana

A Samarco Mineração S.A. é uma empresa de mineração fundada em 1977 e, atualmente, controlada pela Vale S.A. e pela BHP Billinton. A empresa produz pelotas de minério de ferro que são utilizadas na alimentação dos altos-fornos em siderúrgicas. Segundo o site da empresa<sup>27</sup>, está com as operações suspensas desde novembro de 2015, logo após o rompimento da barragem de Fundão.

Mais precisamente, em 5 de novembro de 2015, em Mariana/MG, por volta das 16h, houve o rompimento da barragem de Fundão, o que provocou o vazamento de 50 milhões de metros cúbicos de lama com rejeitos de minérios. Entre moradores e funcionários da Samarco, dezenove pessoas morreram, centenas de casas foram destruídas e milhares de pessoas ficaram desabrigadas.<sup>28</sup>

Estima-se que a grande onda de lama levou somente 12 segundos para devastar 80% o distrito de Bento Rodrigues e que só não ocorreram mais vítimas fatais pois os funcionários da mineradora teriam corrido até o vilarejo, alertando a população. Ocorre que, embora seja comum a instalação de itens de segurança, como sirenes, nas cidades onde são instalas esse tipo de empresa, a Samarco não procedeu dessa forma: seu plano de ação de emergência era apenas ligar para os líderes comunitários.

Inicialmente, os rejeitos atingiram a barragem de Santarém, onde ganhou força, passando por 55km até desaguar no Rio do Carmo, percorrendo mais 22km até o Rio Doce, onde foi possível observar mudanças na água em toda a sua extensão.<sup>29</sup>

O laudo técnico preliminar dos impactos ambientais, produzido pelo IBAMA, em novembro de 2015<sup>30</sup> pontuou que o ocorrido foi resultando de um evento adverso e que os rejeitos de mineração constantes na lama são

---

RA, Iñaki; VIDAL, Iván. **Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social**. p. 64.

27 Informação disponível na aba “Sobre a Samarco” disponível no site da empresa: <<https://www.samarco.com/a-samarco/>> Acesso em 12 dez. 2017.

28 Informações relativas aos números de vitimados retirada do site <<http://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/maior-desastre-ambiental-do-brasil-tragedia-de-mariana-deixou-19-mortos-20208009>>. Acesso em 30 out. 2017.

29 BRASIL. Laudo Técnico Preliminar: Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais. In: **Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA**. Minas Gerais, 2015. Disponível em: [http://www.ibama.gov.br/phocodownload/noticias\\_ambientais/laudo\\_tecnico\\_preliminar.pdf](http://www.ibama.gov.br/phocodownload/noticias_ambientais/laudo_tecnico_preliminar.pdf). Acesso em 30 out. 2017.

30 BRASIL. **Laudo Técnico Preliminar: Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão**, em Mariana, Minas Gerais.

classificados como “não perigosos” e não inertes ao ferro e manganês.

Contudo, a Bacia do Rio Doce está inserida, quase em sua totalidade, dentro do Bioma Brasileiro denominado Mata Atlântica e o rompimento da barragem de Fundão causou a destruição de 1.469 hectares, devastando matas ciliares, áreas de preservação permanente, afetou o solo, modificou a vegetação local e tornou difícil a propagação da vida, animal ou vegetal neste local.

Mas não foram só esses os afetados. A lama atingiu diversas comunidades ao longo do seu percurso (cerca de 77km). O Distrito de Bento Rodrigues foi dizimado. Além disso, todos os municípios abastecidos pelos Rios Gualaxo do Norte, Carmo e Rio Doce, foram afetados. Em virtude da contaminação, o abastecimento de água foi interrompido.<sup>31</sup>

Destituídas de suas formas de subsistência seja pela produção rural, em virtude da destruição das lavouras, pelo turismo, a população não possuía alternativas para o sustento. Várias pessoas foram retiradas de suas comunidades e realocadas em municípios vizinhos, o que gerou transtornos, insegurança, angústia e medo, próprios dos deslocamentos migratórios forçados.

A avaliação dos danos humanos, feita em fevereiro de 2016, subdividida em três categorias: a primeira referente os efeitos sobre a saúde pública e às condições fundamentais de segurança das pessoas; segunda, relacionada com os danos sobre os elementos simbólicos e o acesso à educação da população atingida; e a terceira dos impactos sobre as formas de organização social da população envolvida, elencou uma série de problemas enfrentados pela população em um contexto pós rompimento da barragem.<sup>32</sup>

A população do distrito de Bento Gonçalves foi inserida em um núcleo urbano muito maior e mais complexo: a cidade de Mariana, o que se traduziu em riscos a estas pessoas. Cerca de 485 animais foram abrigados em um galpão em área endêmica de leishmaniose visceral de Mariana, vindo a contrair doenças graves e altamente infecciosas aos seres humanos, com alto risco de disseminação, além de que muitos animais vieram a óbito.<sup>33</sup>

Houve, ainda, interrupção nos serviços de vigilância em saúde, epidemiológica e sanitária, e de segurança pública nas áreas afetadas o que acabou por agravar o trauma sofrido e vivenciado pela população.<sup>34</sup>

As formas de organização social foram alteradas a partir da restrição do uso da água, das modificações da dinâmica econômica, pessoal e comunitária, além dos aspectos ligados às comunidades tradicionais e indígenas na área

31 BRASIL. **Lauda Técnico Preliminar: Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais.**

32 BRASIL. Avaliação dos efeitos e desdobramentos do rompimento da Barragem de Fundão em Mariana, Minas Gerais. In: **Secretaria de Estado do Desenvolvimento Regional, Política Urbana e Gestão Metropolitana**, 2016. Governo do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <[http://www.agenciaminas.mg.gov.br/ckeditor\\_assets/attachments/770/relatorio\\_final\\_ft\\_03\\_02\\_2016\\_15h5min.pdf](http://www.agenciaminas.mg.gov.br/ckeditor_assets/attachments/770/relatorio_final_ft_03_02_2016_15h5min.pdf)>. Acesso em 30 out. 2017.

33 BRASIL. **Avaliação dos efeitos e desdobramentos do rompimento da Barragem de Fundão em Mariana, Minas Gerais.**

34 BRASIL. **Avaliação dos efeitos e desdobramentos do rompimento da Barragem de Fundão em Mariana, Minas Gerais.**

afetada: cinco comunidades indígenas foram afetadas, o que soma cerca de 450 pessoas. O Rio Doce, que perpassava as aldeias, possui grande significado religioso e a suspensão do seu uso impede a prática de cultos e ritos das comunidades indígenas.<sup>35</sup>

Importa salientar que o evento foi classificado como “desastre súbito” e de “muito grande porte”.<sup>36</sup> Contudo tratar o ocorrido como “desastre” nos remete a concepções de desgraça, fatalidade e acidente, mas está claro que as grandes matanças não se entendem sem sua relação com o mercado e sua lógica econômica. Existe uma campanha econômica atrás de tudo isso que implica aos agressores proverem-se de bem, materiais, pessoas, portos, rotas comerciais, como justificativa do preço que se deve pagar pelo progresso.<sup>37</sup>

Em poucas palavras, esses crimes dos poderosos dizem respeito a uma ampla gama de atividades que são realizadas ilegalmente, bem como uma gama mais restrita de evasões ou omissões que frustram ou não sustentam obrigações moralmente delimitadas e, finalmente, uma infinidade de atividades prejudiciais e perigosas que são realizadas rotineiramente<sup>38</sup> e que não podem ser tratadas como casualidade.

Estes crimes cometidos por organizações privadas ou públicas bem estabelecidas, em violação dos direitos dos trabalhadores, mulheres, crianças, contribuintes, consumidores, mercados, políticas e ecossistemas, ou contra os interesses de equidade e religiosidade, etnia e raça, e gênero e sexualidade. Além disso, os crimes dos poderosos incluem as formas menos comumente praticadas de danos e danos sociais, como aqueles que envolvem tortura ou genocídio.

São representados por violações rotineiras a níveis nacionais, internacionais e humanitários que não se limitam a abusos e danos trabalhistas, mas incluem a contaminação de recursos naturais, complicações de saúde, altas taxas de pobreza, desigualdades extremas, violações da soberania, assassinatos, despejos forçados, roubos de terras, recolonização, tráfico de seres humanos e violações dos direitos das mulheres e das crianças.<sup>39</sup>

Os acordos comerciais se reduzem, basicamente, as tarifas e salários e possuem como intuito o de minimizar riscos corporativos. Mas e as vítimas desses acordos? Elas desaparecem no “desastre”, na “fatalidade” e se trans-

---

35 BRASIL. **Avaliação dos efeitos e desdobramentos do rompimento da Barragem de Fundão em Mariana, Minas Gerais.**

36 BRASIL. **Lauda Técnico Preliminar: Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais.**

37 BERNAL, Camilo Ernesto; CABEZAS, Sebastián; FORERO, Alejandro; RIVERA, Iñaki; VIDAL, Iván. **Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social.** p. 68

38 BARAK, Gregg. The Crimes of the Powerful and the Globalization of Crime/Os crimes dos poderosos e a globalização do crime. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 11, n. 2, p. 104-114, dez. 2015. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/931>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

39 BARAK, Gregg. **The Crimes of the Powerful and the Globalization of Crime/Os crimes dos poderosos e a globalização do crime.**

formam em vítimas consentidas. Trata-se de uma violência organizacional, que engloba quaisquer comportamentos não-acidentais cometidos para o ganho organizacional dentro de uma organização que participe, tolere ou demonstre ignorância voluntária de um ato punível que gere danos aos seres humanos.<sup>40</sup>

Os danos causados por essas organizações vão além das regulações que tornam as práticas legais ou ilegais. Os crimes cometidos por poderosos transmitem uma noção de criminalidade convencional, praticada por atores poderosos na busca de ganhos financeiros suplementares.<sup>41</sup>

Não se pode tratar um crime como desastre. Isso é legitimar uma prática econômica prejudicial apenas inspirada na economia de mercado. Deve-se pensar nos danos causados pela própria economia, que vitima um terceiro que não consentiu ou desempenhou algum papel na realização da transação. Nesse contexto, a violência organizacional, não pode ser vista como mera casualidade, mas sim como um problema estrutural.

## Conclusão

Com a globalização o comércio deixa de ser local a passa a ser global. As empresas deixam de ter suas fronteiras dentro de um estado para atuar em todo mundo e vem, de forma progressiva, substituindo o Estado como ator principal.

Os atores privados têm modificado a capacidade normativa do Estado e vêm levantando questões sobre a governança nos processos econômicos globais. Os sistemas autorregulados oferecem uma resposta normativa mais rápida do que àquelas apresentadas na lógica da soberania estatal, contudo, também levantam questões atinentes aos direitos humanos e danos sociais que passam a ser regulados e negociados em sede contratual.

A cidadania tem sido substituída por consumidores; as normas públicas por acordos privados e o desenvolvimento humano pelas preferências de mercado. A ética empresarial está vinculada com o aumento dos benefícios para as empresas, onde o objetivo é a busca de preços competitivos. Dessa forma, não há como se pensar em uma lógica de mercado sem mensurar suas consequências humanas. O que se tem visto é uma progressão geométrica da violação dos direitos humanos e da dificuldade de responsabilização das empresas.

Tais crimes globais são representados por violações rotineiras a níveis nacionais, internacionais e humanitários que não se limitam a abusos e danos trabalhistas. Há um conjunto de vítimas que desaparecem no atrás de um crime apresentado como “desastre”. Trata-se de uma violência convencional que vai além das regulações que tornam as práticas legais ou ilegais, sempre em

40 GREEN; SHOU. *The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful*. p. 59

41 RUGGIERO, Vincenzo. *It's the economy, stupid! Classifying power crimes*. *International Journal of the Sociology of Law*, 35 (2007). p. 169



busca de ganhos financeiros suplementares, barrando e dificultando o desenvolvimento humano.

Dessa forma, não se pode tratar fatos, como o ocorrido na Barragem de Fundão como uma “desgraça”, um evento imprevisível sem responsabilização. Isso valida e esconde uma série de práticas econômicas prejudiciais e um problema estrutural e global.

## Referências

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Empresa Transnacional e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

BARAK, Gregg. The Crimes of the Powerful and the Globalization of Crime/Os crimes dos poderosos e a globalização do crime. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 11, n. 2, p. 104-114, dez. 2015. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/931>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BERNAL, Camilo Ernesto; CABEZAS, Sebastián; FORERO, Alejandro; RIVERA, Iñaki; VIDAL, Iván. Un debate epistemológico sobre el daño social, los crímenes internacionales y los delitos de los mercados. In: RIVERA, Iñaki (Coord.). **Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social**. Barcelona: Anthropos, 2014.

BRASIL. Avaliação dos efeitos e desdobramentos do rompimento da Barragem de Fundão em Mariana, Minas Gerais. In: **Secretaria de Estado do Desenvolvimento Regional, Política Urbana e Gestão Metropolitana, 2016**. Governo do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <[http://www.agenciaminas.mg.gov.br/ckeditor\\_assets/attachments/770/relatorio\\_final\\_ft\\_03\\_02\\_2016\\_15h5min.pdf](http://www.agenciaminas.mg.gov.br/ckeditor_assets/attachments/770/relatorio_final_ft_03_02_2016_15h5min.pdf)>. Acesso em 30 out. 2017.

BRASIL. Laudo Técnico Preliminar: Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais. In: **Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA. Minas Gerais, 2015**. Disponível em: [http://www.ibama.gov.br/phocadownload/noticias\\_ambientais/laudo\\_tecnico\\_preliminar.pdf](http://www.ibama.gov.br/phocadownload/noticias_ambientais/laudo_tecnico_preliminar.pdf). Acesso em 30 out. 2017.

CAMPUZANO, Julios., Globalización, Pluralismo Jurídico y Ciencia del Derecho. In: **Dimensiones Jurídicas de la Globalización**. Dykinson, Madrid, 2007.

CARDOSO JÚNIOR, Nerione N. **Hanna Arendt e o declínio da esfera pública**. 2 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.

CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. Bari/Roma: Laterza, 2006.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1ª edição, 4ª tiragem. Malheiros Editores Ltda. São Paulo, 2004.

FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução de: Carlos Roberto Diogo García; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GARZA TOLEDO, Enrique de la. Problemas clásicos y actuales de la crisis

del trabajo. In: **El Futuro del Trabajo. El Trabajo del futuro**. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. 2001. p. 11-31. Disponível em: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20101102085819/1garza.pdf>> Acesso em 13 dez. 2017.

GREEN, Gary S.; SHOU, Huisheng. Operationalizing organizational violence. In: BARAK, Gregg (ed.). **The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful**. New York: Routledge, 2015.

SASSEN, Saskia. **Sociologia da Globalização**; tradução Ronaldo Cataldo Costa; revisão técnica Guilherme G. de E. Xavier Sobrinho – Porto Alegre: Artmed, 2010.

SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridad y derechos**. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Buenos Aires: Katz, 2015.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do direito global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. In: **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, vol. 14, n° 33. Piracicaba: UNIMEP, janeiro/abril de 2003.

VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do direito**: Direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013.

VIVIANI, Maury Roberto. **Constitucionalismo global**: crítica em face da realidade das relações internacionais no cenário de uma nova ordem mundial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ZUBIZARRETA, Juan Hernández. **Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos**: história de una asimetría normativa. Bilbao: Hegoa, 2009.

# AÇÕES DE PARTICIPAÇÃO POPULAR E DO PODER PÚBLICO NO DESENVOLVIMENTO ECOLÓGICO

**Coriolano Elias Antônio Mourani Naves**

Graduando em Direito e membro do Grupo de Estudo de Direito Agrário, Agronegócio e Desenvolvimento Sustentável da Faculdade Doutor Francisco Maeda

## **Resumo:**

A presente pesquisa explora a participação popular e as medidas utilizadas pelo poder público para promover o desenvolvimento e a conscientização ecológica, encontrando à intersecção ambiental e socioeconômica, observando violações aos direitos difusos, cujos impactos circundam as esferas socioambientais. O capitalismo é o acúmulo de capital e produção de bens para consumo, impulsionando a economia, promovendo desenvolvimento estatal, por consequência gera grandes danos ao meio ambiente como os desastres ambientais ocorridos em Mariana e Brumadinho, localizadas em Minas Gerais, onde o rompimento de barragens de rejeitos minerais, atingiu a população, fauna e a flora, sendo evidente que o poder público não realizou com efetividade a fiscalização, para evitar a catástrofe. Devendo a sociedade exercer sua soberania pelas ações populares para terem as questões ambientais asseguradas, pois, grandes agentes do capitalismo financiam os interesses estatais em detrimento ambiental.

**Palavras-chave:** Preservação; Participação Popular; Meio Ambiente; Poder Público.

## **Introdução**

O meio ambiente é o *locus* onde se desenvolve a vida de forma natural, porém, a natureza humana tende a modificar o habitat ao seu redor, de forma a moldá-lo conforme a sua necessidade, aprimorando seus meios de produção e expansão de cidades para comportar o crescimento populacional, causando grandes impactos a fauna e a flora em nome do progresso socioeconômico.

O presente trabalho busca desenvolver um estudo sobre o artigo 225 da Carta Magna brasileira, que, assegura o meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao Poder Público e a coletividade a devida preservação, devendo os sujeitos amenizar os impactos ambientais e promover a sua preservação e restauração.

Destarte, é essência que exista o desenvolvimento de forma harmônica

entre a preservação ambiental e as questões socioeconômicas, evitando que os recursos sejam utilizados de forma inconsciente, e que exista o eventual esgotamento, permitindo que possa ser renovado, otimizando o desenvolvimento de atividades econômicas que dependem de bens extraídos da natureza e amenizando o impacto ambiental que a sociedade irá sofrer.

Portanto, para assegurar o bem estar natural, a coletividade está pautada de instrumentos para promover o meio ambiente ecologicamente equilibrado; tais como: ação popular, participação em conselhos para formação de políticas públicas ambientais baseados em estudos científicos, facilitando o ingresso na justiça através do Ministério Público, e formação em grupos sociais, para o provento de ações ecológicas.

Desta forma, o objetivo do presente trabalho é abordar as ações relacionadas à participação popular e as medidas utilizadas pelo poder público para promover o desenvolvimento e preservação da flora e fauna, de modo a encontrar o ponto de intersecção entre desenvolvimento socioeconômico e bem estar ambiental.

A metodologia de pesquisa utilizada para o desenvolvimento da presente pesquisa é a análise bibliográfica crítica de doutrinas, artigos e normas jurídicas que regulamentam o tema, objetivando encontrar consonância entre o sistema positivado e a realidade do desenvolvimento sustentável.

## **Meio Ambiente X Capitalismo**

O conceito de meio ambiente pode ser encontrado no artigo 3º da Lei nº 6.938/81, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, que dispõe: “ser o conjunto de condições, leis e influências e interações de ordem física, química e biológica que, permite, abriga e rege a vida em todas as formas”.

Assim, a classificação do meio ambiente, encontrado nas lições de Fiorillo (2018), apresenta diferentes conotações, podendo ser subdividido em: meio ambiente natural, contendo a fauna e flora; meio ambiente artificial, sendo todo aquele modificado conforme os interesses humanos; meio ambiente cultural, bem difuso, qualificado por um sentido especial de valor, assegurado seu uso e gozo por todos, sem que exista um único dono, pois o meio ambiente não pode ser individualizado; meio ambiente do trabalho: local onde as pessoas desenvolvem atividades laborativas.

O viés capitalista é o acúmulo de capital e a produção de bens para que sejam consumidos, fazendo com que a economia se desenvolva, promovendo a capacidade econômica do Estado e gerando empregos favorecendo a economia. Porém, são evidentes os resultados desta prática, gerando grandes danos ao meio ambiente em nome do progresso socioeconômico, pois a busca de matéria prima e expansão do conglomerado urbano causa desequilíbrio na harmonia do meio ambiente.

Para Marx, a natureza e o homem possuiriam um metabolismo único, esta seria o corpo inorgânico desse, e, com a alienação do próprio ser

no capitalismo, sendo o seu acúmulo do capital, ocorreria um distanciamento visceral entre ambos, estabelecendo a denominada “fratura metabólica”. Marx e Engels, enquanto primeiros a aplicarem o conceito de metabolismo à sociedade, associaram o referido termo à relação cidade-campo, grande indústria-grande agricultura, homem-natureza, e a “falha” estariam na insustentabilidade destes relacionamentos dentro do capitalismo. (FREITAS; NÉLSIS; NUNES; 2011. p.2)

Desta forma, nasce a abstinência programada, sendo a fabricação do produto de forma que se torne obsoleto propositalmente diante ao mercado, forçando o consumidor a comprar um novo produto, gerando uma cadeia de consumo em massa sem o devido descarte, ocasionando danos ambientais.

Nas cidades de Mariana e Brumadinho, ambas localizadas do estado de Minas Gerais, ocorreu o rompimento de barragens de rejeitos de minério, afetando tanto à população que vivia no local, quanto à fauna e a flora, apesar de terem sido inspecionadas e aprovadas como seguras pelo órgão licenciador local, gerando danos irreversíveis e grandes prejuízos socioeconômicos, fazendo várias famílias ficarem desabrigadas e sem forma de prover seu sustento.

Destarte, é evidente que o poder público estatal não realizou com efetividade sua função de fiscalização, pois, desta forma, seria possível evitar a catástrofe. Sobre o ideal de Adam Smith, o Estado deve assegurar a regulamentação econômica, a livre-concorrência, e a propriedade privada.

(...) sua ênfase nos limites impostos à liberdade econômica por princípios naturais de justiça e suas opiniões sobre a ampla gama de serviços úteis, mas não atraentes para a iniciativa privada que caberia ao Estado prover a doutrina da liberdade natural de Adam Smith é dirigida, isto sim, contra as interferências da legislação e das práticas exclusivistas características do mercantilismo que, segundo ele, restringem a operação benéfica da lei natural na esfera das relações econômicas. É disso que a doutrina derivou seu apelo político e veio a constituir-se no fundamento teórico do programa dos estadistas livre-cambistas em todo o mundo que, no século seguinte, acabaria por reduzir a ruínas o ordenamento jurídico da antiga ordem econômica internacional. (CANNAN, 1996. p. 45).

Nas lições de Bauman (2001), a concepção ideológica que a sociedade antigamente formada por produtores mudou-se para consumidores, ou seja, o núcleo não é mais quem produz e sim quem consome. O valor do ser humano na sociedade atual é valorizado conforme o seu poder aquisitivo, quem consome mais tem um maior reconhecimento dentro da sociedade, e aqueles que não podem consumir são considerados consumidores falidos, denominados como *underclass*. Tudo que é consumido tem um descarte, e atualmente os produtos são feitos com baixa durabilidade, ou seja, consumimos muito em uma velocidade rápida, sem ter destino ecológico para o lixo que é gerado, impactando o meio ambiente.

Destarte, com a expansão do consumo criou-se a cultura da massifica-

ção do sentimento atrelado ao bem estar de adornos materiais, portanto, além da venda de um produto adquire-se conjuntamente a ideia de realização que, adormecem a consciência socioambiental.

Portanto, o ser humano detém a capacidade de criar novas tecnologias que modificam o meio para suportar o seu desenvolvimento, porém, para que o espaço físico possa se expandir, o espaço ambiental é reduzido, atingindo ambos os espaços, pois, no primeiro faltará matéria prima que é extraída no meio ecológico, e por consequência, não poderá produzir de tal maneira dinâmica, e no segundo, uma vez que determinada fonte natural é extinta, ela não poderá se reestruturar, afetando a fauna e a flora do local.

## **Poder Público X Meio Ambiente**

A responsabilidade ambiental é difusa cabendo as pessoas físicas, jurídicas e ao poder público, porém, as questões econômicas sobressaem ao meio ambiente equilibrado, sendo necessário benefícios fiscais e normas públicas para assegurar que a fauna e a flora do local, em que se desenvolve atividades econômicas, sejam assegurados.

Antes de mensurar os princípios constitucionais ambientais é importante mencionar a vontade geral de dirigir do Estado, segundo a finalidade de sua instituição, atendendo os interesses sociais, ou seja, o bem comum. Destarte, o ponto de intersecção de ambos os sujeitos (Estado e sociedade) é subjetivo, devendo haver conciliação entre as vontades e necessidades, caso não exista, a sociedade não será estruturada e o Estado perderá o sentido de sua existência.

Desta forma, a temática que rege os princípios do Direito Ambiental Brasileiro, pode-se destacar a prevenção e a precaução. O primeiro é constitucional, estando previsto no artigo 225, CF, sendo compreendido em evitar que o dano ambiental ocorra, pois é mais eficiente evitá-lo a repará-lo; como por exemplo: após a extinção de uma espécie não há meios de reparação. O segundo é derivado do primeiro, e se distinguindo-se em agir com cautela e não originar o dano.

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos. Permitem o balanceamento de valores e interesse (não obedecem como as regras, à logicado tudo ou nada), consoante o seu peso e ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes (MACHADO. 2006. p.51)

A conferência ECO-92, foi recepcionada pela Carta Magna, em óbice o Princípio 10, devendo todo ato ter o devido prévio estudo científico para demonstrar que determinada ação seja realizada com o mínimo dano ambiental, destarte, é necessário o planejamento ambiental pelo Estado.

Princípio 10: O melhor modo de tratar as questões ambientais é com a participação de todos os cidadãos interessados, em vários níveis. No

plano nacional, toda pessoa deverá ter acesso adequado à informação sobre o ambiente de que dispõem as autoridades públicas, inclui dá a informação sobre os materiais e as atividades que oferecem perigo a suas comunidades, assim como a oportunidade de participar dos processos de adoção de decisões. Os Estados deverão facilitar e fomentar a sensibilização e a participação do público, colocando a informação à disposição de todos. Deverá ser proporcionado acesso efetivo aos procedimentos judiciais e administrativos, entre os quais o ressarcimento de danos e recursos pertinentes. (CETESB, 1992. p. 2)

Assim, os desastres ocorridos nas cidades de Mariana e Brumadinho, poderiam ter sido evitados, caso as ações do Poder Público estivessem harmônicas com a Carta Magna, pois é evidente a sua inércia em fiscalizar as empresas privadas, resultando no rompimento das barragens de rejeitos, inviabilizando a condição da vida nas localidades. A empresa privada foi responsabilizada a restaurar o *status quo ant*, porém o dano já fora causado, tendo a sua restauração provida em um futuro distante e incerto sobre a recuperação da área.

Destarte, o constante desmatamento prejudica a quantidade de água que os rios voadores, grandes camadas de umidade originadas pela evaporação das águas da floresta amazônica que formam o quadrilátero afortunado, responsáveis em gerar grandes camadas de chuva que irriga a região centro-oeste brasileira, podendo resultar na transformação da paisagem em um grande deserto, gerando desequilíbrio socioeconômico e ambiental.

## Participação Popular e Sua Importância

O maior interessado no presente tema é o povo, detentor da soberania, em evitar os desastres ambientais, sendo estes diretamente afetados, possuindo legitimidade em exigir as ações do poder público através de ações populares, pois o poder emana do povo, como positivado no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição, podendo exercê-la através de remédios constitucionais.

Conforme inteligência do artigo 5º, da Carta Magna, a ação popular é um remédio constitucional, regulamentado pela Lei nº 4.717/65, destinada à anular atos lesivos ao patrimônio público; atos administrativos que possam ferir a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade ou eficácia administrativa; o meio ambiente; e o patrimônio histórico e cultural. Desta forma, os cidadãos podem requerer que determinado ato ou inércia do Poder Público sejam revistos.

Ação popular é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – ilegais e lesivos ao patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiro público. (MORAES, 2000. p. 895)

A participação de membros da sociedade civil em órgãos governamentais ou não governamentais é fundamental para o planejamento e a execução de políticas públicas ambientais; como, por exemplo a participação no Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) e em audiências públicas. Desta forma é possível a realização de estudos para a preservação e diminuição de impactos ao meio ambiente, além de facilitar o acesso à justiça, via Ministério Público, através de associações civis (Ação Civil Pública) ou pelo cidadão (Ação Popular Ambiental). Portanto, o beneficiário de tal medida não é um sujeito isolado, mas toda a coletividade.

E não há por que, à vista da Constituição, a ação popular não é direito político, e, pois, não há razão para confinar o seu uso exclusivamente ao eleitor, devendo-se, pois, reconhecer o seu desfrute em proveito de qualquer pessoa, qualquer um, qualquer interessado, obedecidos os requisitos da lei. (ALEGRE, 1992. p. 16)

Há ainda, a possibilidade de elaboração de projetos de lei através da iniciativa popular, prevista na Constituição Federal nos artigos 14, III, e 61, § 2º, devendo ter, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles, devendo ser analisada e votada no Congresso Nacional. As maiores dificuldades são reunir o quórum necessário para o envio do projeto de iniciativa popular ao Congresso e o tempo necessário para que seja analisada, votada e sancionada, dificultando a aplicação do efetivo direito, devido a carência de normas regulamentadoras no tocante a matéria ambiental.

Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.  
§ 2º A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício. (BRASIL,1988)

Muitas vezes, ante a urgência e necessidade da prestação jurisdicional exigida no caso concreto, o magistrado é forçado a inovar conforme o seu entendimento, para preencher as lacunas normativas e as brechas das normas ambientais, fazendo nascer o ativismo judicial e ferindo o princípio do sistema de freios e contrapesos entre os poderes executivo, legislativo e judiciário, pois não cabe ao judiciário a criação de normas, mas ao legislativo que se torna inerte sobre o tema.

Portanto, a participação popular nos conselhos de meio ambiente e o uso das ações e iniciativas populares são os meios legítimos para preencher as lacunas e brechas normativas que existem sobre o tema, pois, é o meio legítimo para demonstrar o interesse popular com a preservação e reestruturação ambiental de forma a promover o equilíbrio entre os temas econômicos e



socioambientais.

## Conclusão

O meio ecologicamente equilibrado é pautado pela busca do desenvolvimento e da preservação, envolvendo o Estado e a sociedade civil, pois, caso determinado bem natural seja extinto, afeta todos os sujeitos em forma de escala; como por exemplo, se determinada fonte de metal for extinta, ocorrerá a diminuição da produção das empresas que necessitam do material, podendo ocorrer demissão em massa, originando problemas socioeconômicos para todos.

Portanto, é mais eficaz evitar o dano ambiental do que repará-lo, pois, muitas das vezes o impacto é irreversível devido à reflexão de extinção de espécies ameaçadas de extinção, ensejando tanto na flora e na fauna, não existindo meios para reprodução.

Desta forma conclui-se que o poder público deve adotar políticas públicas objetivando a conscientização sobre a importância da preservação ambiental, sendo este o sujeito da relação com maior capacidade de ação, pois sua existência é motivada para que a sociedade possa realizar as medidas necessárias para a harmonia com o bem difuso, conforme disposto na Carta Magna em seu artigo 225.

Conclui-se que, os empenhos desenvolvidos que formam o corpo social são obrigatórios e recíprocos entre o Estado e seus membros, isso para que a igualdade de direitos e a noção de justiça sejam alcançadas com a participação de toda a sociedade, através de iniciativas e ações populares para que haja um único objetivo certo e determinado, preservar e restaurar o meio ambiente, fazendo nascer o real equilíbrio entre as dimensões social, econômica e ambiental que caracterizam o desenvolvimento sustentável, alcançando os preceitos de ordem e progresso, estampados na bandeira nacional.

## Referências

ALEGRE, José Sérgio Monte. **Ação Popular Não é Direito Político**. Rio de Janeiro – RJ. FGV, Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45287/47724>. Acesso em: 30 de nov. de 2020

BAUMAN, Zygmund. **Modernidade Líquida**. São Paulo – SP. Ed.: Zahar. 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 29 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.717/65**, de 29 de jun. de 1965. Regulamentação da Ação Popular, Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm). Acesso: 29 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.938/81**, de 31 de ago. de 1981. Política Nacional do Meio Ambiente, Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/)

16938.htm. Acesso: 29 out. 2020.

CANNAN, Edwin. **Os Economistas – Adam Smith e As Riquezas das Nações**. Vol. L. São Paulo – SP. Ed.: Nova Cultura Ltda. 1996.

CETESB – Companhia ambiental do Estado de São Paulo. **Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento**. CETESB – SP, 1992. Disponível em [https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao\\_rio\\_ma.pdf](https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf). Acesso: 29 out. 2020.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 18 ed. Saraiva. São Paulo, 2018.

FREITAS; Rosana de Carvalho Martinelli; NÉLSIS, Camila Magalhães; NUNES, Letícia Soares. **A Crítica Marxista ao Desenvolvimento (In)Sustentável**. Scielo. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rk/v15n1/a04v15n1>. Acesso: 21 de nov. de 2020.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. Martin Claret. São Paulo – SP. 2009.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil e Outros Escritos**. Ed.: Vozes de Bolso. Petrópolis – RJ. 2019.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo – SP. Ed.: Malheiros. 2006

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Ed.: Hunterbooks. São Paulo - SP. 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais**. 36<sup>a</sup>. Ed.: Malheiros. São Paulo – SP. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7<sup>a</sup> Ed.: Atlas. São Paulo – SP. 2000.

ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. **Curso de Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3<sup>a</sup>. Ed.: Ribeirão. Franca – SP. 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Ed.: Hunterbooks. São Paulo - SP. 2014.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41 ed. Malheiros. São Paulo, 2017.

# AS ENCHENTES OCORRIDAS EM BELO HORIZONTE – MINAS GERAIS E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

**Ana Cláudia Souza de Almeida Dias**

Centro Universitário da Fundação Educacional de Guaxupé - UNIFEG Mestranda em Educação pelo Instituto Federal do Sul de Minas Gerais. Professora no curso de Arquitetura no Centro Universitário da Fundação Educacional de Guaxupé

**Maria Laura de Souza Aquino**

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Pós-graduada em Direito Previdenciário pela Faculdade Damásio. Advogada

## **Resumo:**

Em janeiro de 2020, a cidade de Belo Horizonte, capital mineira, sofreu diversas enchentes que ceifaram vidas e trouxeram prejuízos materiais inestimáveis a centenas de famílias, principalmente em áreas de risco, sendo que de um lado o Estado afirmava não ser sua responsabilidade a fiscalização e de outro, pessoas desamparadas em meio ao caos. Dessa forma, é de suma importância a presente pesquisa para que se defina a competência e responsabilidade pela ocorrência de enchentes, para que se efetive o dever de cuidado do Estado, tendo em vista as graves implicações de ordem socioeconômicas e ambiental na vida em sociedade. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, bem como o estudo das redes pluviais da cidade.

**Palavras-chave:** Responsabilidade ambiental estatal; Direito ao meio ambiente; Direito urbanístico; Desastres da natureza.

## **Introdução**

O Brasil viu seu processo de urbanização acontecer junto à época do descobrimento do continente pelos portugueses. Estabeleceu-se como um país agrícola, em que a principal atividade econômica acontecia nos meios rurais.

Assim o fenômeno da urbanização ocorreu de forma heterogênea em todo o território, ao passo que as necessidades da vida em relações sociais se desenvolviam. Mas na década de 1970 o processo de urbanização aumentou

exponencialmente devido ao crescimento demográfico a às atividades econômicas, sociais, culturais e políticas que são desenvolvidas nas cidades.

Nesse período, com o progresso tecnológico e as transformações socioeconômicas, as áreas urbanizadas evoluíram de forma acelerada e desordenada. O avanço da urbanização trouxe benefícios, mas também diversos prejuízos para as comunidades que buscam por condições dignas de vida.

Um dos grandes problemas enfrentados por uma parcela dos brasileiros é o das enchentes, que são recorrentes em áreas afetadas pela canalização dos rios e ocupações irregulares em áreas de risco nas épocas das águas. Ano a ano, milhares de pessoas, especialmente as comunidades menos favorecidas economicamente, veem suas vidas em risco e seus bens materiais destruídos.

Acredita-se que o Estado deve efetivar ações para a erradicação desses problemas que atingem as comunidades nos espaços das cidades, conforme o previsto no art. 24 e 225 da Constituição Federal, sendo que tais dificuldades ferem, de forma muitas vezes irreversível, os direitos humanos promulgados pela Carta Magna Brasileira.

Em janeiro de 2020 a cidade de Belo Horizonte, capital mineira, sofreu diversas enchentes que ceifaram vidas e trouxeram prejuízos materiais inestimáveis a centenas de famílias, principalmente em áreas de risco, sendo que de um lado o Estado afirmava não ser de sua responsabilidade a fiscalização e indenização e de outro, pessoas desamparadas em meio ao caos.

O presente trabalho busca analisar e discutir a competência e responsabilidade do Estado para que se efetive o seu dever de cuidado da vida humana, tendo em vista as graves implicações de ordem socioeconômicas e ambiental para a sociedade.

## **O problema das inundações ocorridas em Belo Horizonte – Minas Gerais**

Com a Proclamação da República, o Brasil presenciou o ideal de se fazer uma nação que estivesse preparada para o progresso, para o futuro. Assim, o Estado de Minas Gerais viu a necessidade de fazer de sua capital um exemplo de modernidade, deixando para trás o imperialismo que representava a antiga capital, Ouro Preto. Nesse contexto foi proposta a construção de uma nova cidade. Belo Horizonte foi então a primeira capital planejada do país.

Em sua formação, estavam alguns dos melhores engenheiros e arquitetos brasileiros, chefiados por Aarão Reis. Belo Horizonte foi inaugurada a 12 de dezembro de 1897, por uma exigência da Constituição do Estado, porém sua construção não estava finalizada devido à crise que acometia o país e que limitava recursos para finalização do projeto.

Desde o projeto inicial, visava-se atrair para dentro dos limites da área urbana funcionários públicos e membros da elite. Os lotes não eram acessíveis para as famílias de baixa renda, formadas por operários e pelos antigos habitantes do Arraial de Belo Horizonte (Curral Del Rey). Desta maneira, o

mercado controlou a expansão urbana da capital, fazendo com que esta fosse realizada da periferia em direção ao centro

Apesar de ser uma cidade ainda muito nova, Belo Horizonte tem hoje cerca de nove regiões, além do projeto original. São elas: Barreiro, Nordeste, Oeste, Pampulha Noroeste, Norte, Centro-Sul, Leste e Venda Nova. Assim surgia a 6ª cidade mais populosa do país e a terceira mais populosa da região sudeste, com mais de 2,5 milhões de habitantes. Segundo o censo de 2010, Belo Horizonte produz cerca de 1,4% do PIB do país

De acordo com a Superintendência de Desenvolvimento da Capital, “no plano urbanístico, escolheram um local com abundância de recursos hídricos. Por outro lado, a planta não levou em consideração os cursos d’água que existiam ali”. É fato que dos 654 km de rios que cortam Belo Horizonte, 208 km são invisíveis para quem anda pela cidade, e a maioria está canalizada ou tapada, recebendo ruas e avenidas. Grandes e importantes avenidas da cidade são construídas sobre rios. A princípio eles eram abertos e visíveis, mas posteriormente, com o processo de urbanização, esses rios foram canalizados.

Novamente podem-se afirmar que o desenvolvimento desordenado das cidades e a má ocupação do território, via de regra, trazem consequências graves para a população que vive nas áreas mais vulneráveis a problemas como os das enchentes.

Em suma, as consequências da ocupação de áreas alagáveis no ambiente urbano são desastrosas e resultam em prejuízos econômicos privados e públicos, danos humanos e materiais, baixa qualidade de vida, e enfraquecimento da dignidade humana.

## **A responsabilidade civil do Estado**

Ao discorrer sobre a responsabilidade do Estado, fala-se, em sua grande maioria, de um comportamento da Administração Pública que ocasionou danos a terceiros. Aqui, se usa o Estado como titular de direitos e deveres, pois, ao contrário da Administração Pública, este possui personalidade jurídica.

De acordo com Maria Sylvania Di Pietro, a responsabilidade do Estado é sempre civil, pois trata-se de pecúnia, e ainda:

ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato ilícito (contrário a lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade.<sup>1</sup>

Dessa forma, o dever de reparar o dano sofrido por terceiros, surge do comportamento dos agentes públicos no desempenho de suas atribuições, não se confundindo com a responsabilidade contratual, uma vez que esta pos-

1 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 715

sui seus próprios princípios.

Assim, para a configuração da responsabilidade civil do Estado é necessário que haja um dano causado a terceiro decorrente do comportamento omissivo ou comissivo do Estado, lícito ou ilícito, através de conduta de agente público no exercício de sua função.

O tema da responsabilidade civil do Estado sofreu e sofre diversas mudanças ao longo dos anos e várias teorias foram elaboradas, sendo que em cada sistema uma determinada teoria sobressai às outras, ou seja, é considerada a adotada majoritariamente por aquele.

Importante salientar que a teoria adotada está de acordo com o tempo e o espaço em que se insere, portanto depende do Governo em vigência, nos dizeres de Hely Lopes Meirelles:

sob o domínio dos Governos absolutos negou-se a responsabilidade do Estado (...); sob a influência do liberalismo, assemelhou-se o Estado ao indivíduo, para que pudesse ser responsabilizado pelos atos culposos de seus agentes; finalmente, em nossos dias, atribui-se à Administração Pública uma responsabilidade especial de Direito Público.<sup>2</sup>

A primeira delas, a teoria da irresponsabilidade, aplicada em estados absolutistas, é fundamentada na ideia de soberania, ou seja, o Estado possui total poder sobre o súdito, não podendo ser contestado e por consequência não pode ser responsabilizado por algum erro, já que vai de encontro com a sua soberania.

Nesta teoria, apenas o agente causador do dano respondia individualmente, sendo que somente ele deveria reparar o dano sofrido pelo particular, tendo em vista a soberania do Estado.<sup>3</sup>

Contudo, com o passar dos anos, essa teoria deixou de ser aplicada e atualmente nenhum país adota a irresponsabilidade total do Estado, diante de danos a terceiros. Os últimos países a utilizarem tal teoria foram os Estados Unidos e Inglaterra, sendo abolidos em 1946 e 1947, respectivamente.

Após a teoria da irresponsabilidade, surgem as teorias subjetivas, sendo que era necessário a verificação da culpa ou dolo do agente infrator, e a responsabilização do Estado estava condicionada à presença do anímico.

A primeira a integrar as teorias subjetivas é a teoria da culpa civilística, trazendo os institutos da culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, ou seja, a responsabilidade seria do Estado na escolha ou fiscalização de seus criados ou dependentes e ainda os agentes como prepostos do Estado.

Importante diferenciar ato de gestão e ato de império nessa época, visto que nos prejuízos causados em decorrência de um ato de império, o Estado

2 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2005, p. 630.

3 COPOLA, Gina. A responsabilidade do Estado em decorrência das enchentes. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU**. Belo Horizonte, ano 12, n. 68, p. 29-38, mar./abr. 2013.

não seria responsabilizado. O primeiro se refere a atos praticados pelos agentes públicos, prepostos do Estado, e o segundo diz respeito aos atos soberanos do Estado, impostos aos particulares.<sup>4</sup>

A teoria anterior desenvolve-se para a teoria da culpa administrativa, que considera o agente público não mais um preposto e sim parte da própria estrutura estatal, realizando o dano em nome da própria administração.<sup>5</sup>

Nesta teoria o indivíduo não precisa apontar qual o agente público causador do dano, basta comprovar a falta ou má prestação do serviço estatal. Dessa forma, há mais segurança para o particular, tendo em vista que muitas vezes este não sabe identificar o agente, o que dificultava a efetiva aplicação da teoria da culpa civilística.

Com o passar dos tempos e a evolução das teorias, surgiu a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral, o qual se faz de extrema importância a explanação para o entendimento da presente pesquisa.

A teoria do risco administrativo leva em consideração a ocorrência do dano para fazer surgir o dever de indenizar, sendo que não se apura a falta de serviço ou má prestação deste, e de acordo com Pablo Stolze, esta teoria “avança no sentido da publicização da responsabilidade e coletivização dos prejuízos”<sup>6</sup>

Dessa forma, é possível concluir que na teoria em comento não há necessidade de se comprovar a culpa do agente público, ou seja, a responsabilidade é objetiva, “basta que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público”.<sup>7</sup>

Ressalta-se que esta doutrina admite excludentes, situações nas quais a responsabilidade do Estado não será aplicada ou esta se dará de maneira mitigada. São elas: a culpa da vítima, quando a mesma contribui para a ocorrência do dano; e a culpa concorrente, em que o agente e o particular, agem em conjunto e tem como consequência o ato lesivo.

Na primeira hipótese, a responsabilidade do Estado será afastada totalmente, já no segundo a legislação pátria autoriza a indenização mitigada ou proporcional ao grau de culpa de cada um dos envolvidos.

Já na teoria do risco integral, não aplicada na prática, o Estado está obrigado a indenizar qualquer ato lesivo, mesmo que haja culpa da vítima, o que geraria consequências drásticas ao erário público, diante da má fé de alguns administrados.

---

4 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 717.

5 GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO. Rodolfo. **Novo Curso de direito civil**, volume 3: responsabilidade civil. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 246.

6 GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO. Rodolfo. **Novo Curso de direito civil**, volume 3: responsabilidade civil. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 251.

7 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2005, p. 631.

Em sentido contrário é o entendimento de Maria Sylvia Di Pietro, já que para a autora não há distinção de fundo entre as duas teorias, sendo apenas uma diferenciação terminológica, já que mesmo na teoria do risco integral, permite-se a aplicação das excludentes, quando fatores involuntários ou não, prevalecerem ou concorrerem na causa do ato lesivo.<sup>8</sup>

Feitas essas considerações, resta o questionamento de qual a doutrina que o direito brasileiro adota.

O direito pátrio caminhou sobre duas das teorias ao longo dos anos. O Código Civil de 1916, conduz ao entendimento de que era adotada a teoria civilística da responsabilidade subjetiva, sendo necessária a comprovação de culpa do agente público.

Somente com o advento da Constituição Federal de 1946, que se adotou a teoria objetiva do risco administrativo, e seguindo a mesma linha, a Constituição Federal de 1988 acolhe a respectiva doutrina.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, §6º, adota a teoria do risco administrativo, não sendo necessário, portanto, a presença da culpa do agente, como já explicado alhures. Preceitua o referido artigo: “As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadora de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Na teoria adotada pelo Brasil é necessário estar presente três elementos para a responsabilização do Estado: a) dano ao particular; b) ação ou omissão do Estado; c) nexó de causalidade.

Salienta que a culpa somente será verificada em caso de ação de regresso por parte do Estado em face do agente. Pode ser feita a denúncia da lide, sendo que aqui o agente responde solidariamente ao Estado e não é obrigado a aceitar a denúncia. Porém, em não sendo aceita, ele poderá ser surpreendido com a ação de regresso que atende aos princípios da moralidade e da recomposição do erário, sendo necessária a efetiva condenação do Estado para que surja o interesse de agir na ação de regresso.

Portanto, após a apresentação da evolução das teorias sobre a responsabilidade estatal e a definição daquela adotada pelo Brasil, é necessária compreender a responsabilidade por omissão do Estado, tema que gera grande celeuma e que será abordado a seguir.

## **A responsabilidade do Estado por omissão**

Existe uma grande controvérsia no que tange a responsabilidade do Estado por omissão, caso em que seria aplicado ou não o art. 37, §6º da Constituição Federal de 1988, ou seja, a valência da teoria objetiva do risco administrativo.

---

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.720



Duas correntes surgem na tentativa de resolver tal celeuma. A primeira delas, seguida por Maria Sylvia Di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Mello e Yussef Said Cahali, afirma que a responsabilidade do Estado em caso de omissão seria subjetiva, sendo necessária a aferição de culpa.

Nos dizeres de Maria Sylvia di Pietro, “segundo essa teoria, o Estado responde desde que o serviço público a) não funcione, quando deveria funcionar; b) funcione atrasado; ou c) funcione mal.”<sup>9</sup> Adiciona que o particular não precisa comprovar a culpa ou dolo estatal, cabendo ao próprio Estado a demonstração de que “agiu com diligência, que utilizou os meios adequados e disponíveis e que, se não agiu, é porque a sua atuação estaria acima do que seria razoável exigir”. Caso reste demonstrado todos esses fatores, afastada estaria a responsabilidade.

Para que ocorra a omissão por parte do Estado, é necessário que este tenha o dever de agir e a possibilidade para evitar o dano, e não o faz.

Já para a corrente majoritária, a responsabilidade do Estado em caso de omissão é objetiva, aplicando-se o disposto no art. 37, §6º da Constituição Federal, defendida por Hely Lopes Meirelles, uma vez que o Estado assume o compromisso de zelar pela integridade física da pessoa e esta sofre um dano causado justamente por uma omissão do Estado.

Nesta segunda corrente, o Estado foi negligente, imprudente, deveria agir mas não o fez, cruzou-se os braços, fechou-se os olhos, trazendo atos danosos aos particulares.

Diante do exposto, se faz necessária uma análise da aplicação do art. 37, §6º da Constituição Federal em casos de danos decorrentes de enchentes, qual seria, então, a responsabilidade do Estado perante os terceiros prejudicados.

## **A responsabilidade civil do Estado em decorrência das enchentes**

A partir da década de 1970, o Brasil sofreu uma urbanização acelerada, normalmente sem planejamento, o que causou danos praticamente irreversíveis ao meio ambiente e à população, isso se deve ao crescimento demográfico a às atividades econômicas, sociais, culturais e políticas que são desenvolvidas nas cidades.

Contemporâneo ao desenvolvimento da malha urbana, surgiu a ideia de direito à cidade, em que a população poderia se apossar do espaço urbano “como lugar de encontro, troca, realização, garantindo a todos a qualidade de vida urbana e suas benesses”<sup>10</sup>

Tal desenvolvimento trouxe diversos benefícios, mas em contraponto adveio vários problemas estruturais, principalmente para a população que

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p728

10 PARANÁ, MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Nota técnica Projeto Cidade em Debate 2014**. Do Estudo de Impacto de Vizinhança e de sua impostergável regulamentação e implementação no Município de Curitiba: análise comparativa e recomendações.

busca por condições dignas de vida. Um dos problemas enfrentados é a ocorrência de enchentes, que assola principalmente a população de baixa renda.

As enchentes ocorrem praticamente todos os anos em áreas afetadas pela canalização dos rios e ocupações irregulares, o que traz problemas no escoamento da água causando o transbordamento da mesma. Neste sentido, a população dessas localidades vê suas vidas em risco e seus bens materiais destruídos.

De acordo com Raimundo Expedito dos Santos Sousa<sup>11</sup>, Belo Horizonte sofre recorrentemente com o desastre das enchentes, isso se dá justamente pela urbanização desenfreada e a falta de políticas públicas eficazes de enfrentamento ao problema.

A população de Belo Horizonte - MG, no início do ano de 2020 sofreu com enchentes em diversos pontos da cidade, em que se observa danos tangíveis e intangíveis, uma vez que causou grandes prejuízos materiais e ceifou várias vidas.

Diante deste cenário, nota-se a importância da análise da aplicabilidade em caso de omissão do art. 37, §6º da Constituição Federal.

A Constituição Federal acolhe a teoria objetiva do risco administrativo como forma de responsabilizar o Estado pelos danos causados aos particulares por seus atos comissivos ou omissivos, e tem como excludente a ocorrência de força maior.

O instituto da força maior diz respeito a acontecimento imprevisível, inevitável, como uma tempestade, terremoto ou um raio. Contudo, o Estado poderá ser responsabilizado, mesmo com a ocorrência da força maior, caso tenha se omitido na realização de algum serviço que poderia ter evitado o acontecimento do dano.

É o que se observa no tema do presente estudo. Apesar de constar diversas obras com o intuito de se evitar as enchentes nos planos da prefeitura de Belo Horizonte, percebe-se que essas não foram realizadas ou realizadas de forma ineficiente, não atingindo o objetivo, ou seja, houve uma omissão por parte do Poder Público.

Portanto, é possível verificar que o Poder Público de Belo Horizonte possui o dever de fiscalizar obras irregulares, realizar melhorias na canalização dos rios, alertar a população que estão em área de risco e ainda, executar obras para evitar as enchentes.

Sendo assim, em caso de omissão, quando deveria fazer, mas não o faz, como o que ocorre em Belo Horizonte - MG, tendo em vista a recorrência das enchentes nas mesmas localidades, o Estado deve ser responsabilizado pelos danos causados a terceiros.

---

11 SOUSA, Raimundo Expedito dos Santos; GONÇALVES, Guilherme Felipe Ganimé. Um estudo sobre os impactos decorrentes de inundações no Município de Belo Horizonte. **Revista Gestão & Sustentabilidade Ambiental**. Florianópolis, v. 7, n. 3, p. 591-605, jul/set. 2018.

## Considerações finais

Considerando a perspectiva abordada, é possível concluir que a pesquisa prima pelo direito à uma vida digna, à um meio ambiente equilibrado, bem como a responsabilidade do Estado diante de desastres naturais, que poderiam ter sido evitados, desde que o mesmo cumprisse com seus deveres.

É dever do Estado fiscalizar as áreas de ocupação da população, para que não se permita a instalação destes em áreas de fácil inundação, tendo em vista o relevo de Belo Horizonte e a impermeabilização do solo pela urbanização.

Dessa forma, após análises e discussões que pudessem respaldar sugestões e propostas de formas legais para aplicações nesses casos que afetam de forma avassaladora a dignidade humana, concluiu-se que o Estado deve ser responsabilizado pelos danos causados pelas enchentes, haja vista sua competência para legislar sobre direito urbanístico (art. 24, CF/88), sua obrigação de zelar pelo bem coletivo, segurança e garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CF/88), e a teoria do risco integral adotada pela Constituição Federal em seu art. 37, §6º, determinando a responsabilização do Estado pelos danos causados a terceiros.

## Referências

ARRUDA, R. **Capital mineira foi assolada por várias tempestades nos últimos dias**. Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, 29-01-2020. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2020/01/29/interna\\_gerais,1118052/veja-antes-e-depois-de-locais-destruidos-pela-chuva-em-belo-horizonte.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2020/01/29/interna_gerais,1118052/veja-antes-e-depois-de-locais-destruidos-pela-chuva-em-belo-horizonte.shtml). Acesso em 04 abr. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf). Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Estatuto da Cidade. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70317/000070317.pdf?sequence=6%20> Calizaya. Acesso em: 03 Mar. 2017.

COPOLA, Gina. A responsabilidade do Estado em decorrência das enchentes. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU**. Belo Horizonte, ano 12, n. 68, p. 29-38, mar./abr. 2013. Disponível em: < <https://core.ac.uk/download/pdf/16046022.pdf> > Acesso em: 23 nov. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de direito civil**, volume 3: responsabilidade civil. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Ranking de Municípios com População em Área de Risco**. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/6579>. Acesso em 08 out. 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2005.

PARANÁ, MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Nota técnica Projeto Cidade em Debate 2014**. Do Estudo de Impacto de Vizinhança e de sua impostergável regulamentação e implementação no Município de Curitiba: análise comparativa e recomendações. Disponível em: <[https://urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/Nota\\_tecnica\\_EIV\\_versao\\_publicacao.pdf](https://urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/Nota_tecnica_EIV_versao_publicacao.pdf)> Acesso em: 23 nov. 2020.

SANTOS, M. **A urbanização brasileira**. 5. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2018.

SOUSA, Raimundo Expedito dos Santos; GONÇALVES, Guilherme Felipe Ganime. Um estudo sobre os impactos decorrentes de inundações no Município de Belo Horizonte. **Revista Gestão & Sustentabilidade Ambiental**. Florianópolis, v. 7, n. 3, p. 591-605, jul/set. 2018. Disponível em: <<file:///D:/Usuario/Downloads/6969-17369-1-PB.pdf>> Acesso em: 23 nov. 2020.

# A POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS E A GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

**Juliana Mattos dos Santos Joaquim**

Mestranda na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Advogada, graduada pela Universidade Candido Mendes; Pós-graduada em Gestão Ambiental pela Universidade Veiga de Almeida

## **Resumo:**

A cultura do descarte em massa propiciada pela obsolescência programada levanta discussões a respeito dos resíduos. Se a legislação existente não é suficiente para conter a prática da obsolescência, a Política Nacional de Resíduos Sólidos tende a cumprir seu papel e destinar corretamente esses resíduos. A relevância temática está na premência de garantir direitos fundamentais com as ferramentas ora previstas, observando se os institutos por ela propostos conseguem, mesmo diante dos obstáculos, garantir sua efetividade. Com uma revisão bibliográfica e pesquisa legislativa a respeito do tema será possível compreender o tratamento dos resíduos provenientes do descarte em massa dos bens de consumo duráveis, políticas públicas já postas em prática neste sentido e seus resultados. Aprofundando o estudo a respeito das possibilidades existentes e previstas na Política Nacional de Resíduos Sólidos instituída e de que forma suas diretrizes contribuem para a problemática.

**Palavras-chave:** Resíduos; Consumo; Obsolescência; Política Pública

## **Introdução**

O nível de desenvolvimento atingido pela humanidade dificultou a dissociação do crescimento econômico dos danos ambientais, impossibilitando realizar-se sem que seja exercida pressão ambiental, e essas pressões são responsáveis por consequências nem sempre previsíveis. Em contrapartida, esses danos correspondem a externalidades de atividades necessárias para a humanidade.

Um pensamento óbvio quando se aceita que em 100 anos, a humanidade saltou de 2,5 bilhões de habitantes para nos aproximar de 10 bilhões. É um número expressivo de novos consumidores ávidos por lançamentos e por garantir sua posição no status social. E não somente isso, o avanço tecnológico e científico que permitiu melhor qualidade de vida e longevidade, também gerou um maior consumo de recursos naturais e resíduos a serem descartados.

A Profa. Daniele Moreira faz um importante destaque que traduz essas afirmações, segundo ela os impactos ambientais – e exemplifica com a geração de resíduos – decorrentes das interações humanas sofrem influência de três fatores: crescimento populacional, níveis de consumo *per capita* e impactos decorrentes de novas tecnologias (MOREIRA, 2015, p. 24). Isso significa dizer que se tem muito mais consumidores do que recursos a disposição para garantir suas demandas, e muito mais resíduos do que o ambiente pode suportar. Ela fala ainda de imposição da cultura do consumo e evolução qualitativa dos resíduos em alusão aos avanços tecnológicos<sup>1</sup>.

E nesse contexto, existem direitos fundamentais que carecem de tutela especial para que princípios constantes na Constituição Federal Brasileira sejam cumpridos, a exemplo do Art. 225 que prevê a garantia de um meio ambiente sadio para todos, tema também da Agenda 2030. Este será o foco principal a ser debatido neste trabalho, ou seja, como um desenvolvimento sustentável pode primar pela garantia de direitos fundamentais tendo estes últimos *status* de princípio constitucional, e como políticas públicas direcionadas a gestão dos resíduos tem o poder de concretizar estas expectativas.

## Meio ambiente saudável e garantias constitucionais

Pensar isoladamente na Constituição Brasileira como única norteadora de direitos fundamentais é não explorar as demais contribuições trazidas após Estocolmo além de desprestigiar outros dispositivos de mesma importância. O dispositivo acerta ao atribuir responsabilidade pela garantia da sadia qualidade de vida – em seu plano intrageracional e intergeracional – *erga omnes* andando lado a lado com outros direitos de mesma relevância, e o Prof. Gabriel Wedy destaca que não se trata apenas de um direito individual, mas sim de cunho social e fraternal e, assim sendo, precisa atuar em conjunto com outros: direito à liberdade, igualdade, à educação e à saúde (WEDY, 2018, p. 187).

E vai além, vinculando esses preceitos às cláusulas pétreas<sup>2</sup> constantes no artigo 60 § 4º da Carta Magna brasileira. Para ele, “premissas de desenvolvimento econômico não podem vulnerabilizar o núcleo essencial do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável” e ainda “devem ser respeitados os princípios da vedação ao retrocesso<sup>3</sup> e da dignidade da pessoa humana”

1 Fácil imaginar que a 100 anos atrás não possuíamos resíduos nucleares, plástico ou baterias de celulares descartados em volumes estratosféricos. Ocorrendo uma modificação qualitativa dos resíduos que passaram a ser descartados após o consumo, que por sua vez têm alto potencial de risco.

2 Na mesma temática, SARLET e FENSTERSEIFER destacam que o direito fundamental ao meio ambiente tem sua aplicação imediata, conforme disposto no artigo 5º parágrafo 1º além de ser norma de eficácia direta, e diante disto integra o rol das cláusulas pétreas, previstas no artigo 60 parágrafo 4º, IV, da CF/1988 (SARLET e FENSTERSEIFER, 2017, p. 583)

3 Ações legislativas e políticas públicas que busquem sempre melhorias no tratamento e na garantia de direitos fundamentais, tema que SARLET e FENSTERSEIFER deba-

(WEDY, 2018, p. 187).

Uma opção do constituinte (SARLET e FENSTERSEIFER, 2017, p. 83) em incluir no rol de valores fundamentais o direito subjetivo da coletividade – e do indivíduo – de habitarem um ambiente sadio visto que é essencial a sadia qualidade de vida. Essa é a importância de políticas públicas como a PNRS que com suas ferramentas de gestão garantem tais direitos trazendo solução a situações críticas da era moderna: os resíduos provenientes do processo de massificação do consumo. Ou seja, mesmo que seja difícil dissociar o crescimento econômico dos impactos ambientais porventura gerados, há que se observar os princípios constitucionais existentes.

No que tange ao dilema: crescimento x desenvolvimento, Ignacy Sachs faz considerações importantes, afirmando que o desenvolvimento, distinto de crescimento econômico, vai muito mais além de multiplicação de riquezas (SACHS, 2008, p. 13). Isso porque de forma alguma, crescimento acelerado<sup>4</sup> irá significar desenvolvimento se não observar alguns preceitos fundamentais importantes, como os direitos sociais (emprego, renda, educação, saúde...). E fala-se em desenvolvimento social como um dos elementos para um desenvolvimento sustentável, talvez este seja o provável motivo de levar alguns autores a reconhecer a existência de uma dimensão ecológica da dignidade humana (SARLET e FENSTERSEIFER, 2017, p. 58), existindo o dever do estado de garantir não somente um bem-estar ambiental, mas também social.

Na mesma esfera, conceitos como o de desenvolvimento sustentável traçaram um novo paradigma ambiental (WEDY, 2018, p. 194) onde os limites do crescimento são questionados, já que assim como descrito em *Os limites do Crescimento* de Dennis Meadows nosso padrão de consumo, atividade industrial e crescimento demográfico são incompatíveis com os recursos naturais disponíveis (WEDY, 2018, 194). De fato, o aumento populacional influenciou em todo este cenário, a “quantidade de pessoas consumidoras de recursos e geradoras de resíduos (MOREIRA, 2015, p. 23) reflete nos níveis de degradação ambiental.

Assim, a diretriz norteadora é conceber o direito ao desenvolvimento sustentável, tal qual afirma Gabriel Wedy (2018, p. 198) como aquele tangente ao desenvolvimento do ser humano onde o respeito ao meio ambiente é preceito constitucional. O sistema Global e todos os ecossistemas que ele comporta viabilizam a vida, o homem não é o único ser vivo, mas apenas aquele que detém maior capacidade (WEDY, 2018, p. 208).

Isso retrata bem a efemeridade das relações de consumo antropocêntricas, logo políticas públicas que possibilitem gerir estes resíduos são fundamentais. É aí que está a grande questão, a PNRS com mais de 10 anos de

---

tem de forma lúcida em sua obra: Direito Constitucional Ambiental, capítulo 5.

4 Complementa afirmando que existe um imperativo ético de solidariedade entre as gerações – presentes e futuras – o que faz a humanidade questionar o crescimento selvagem obtido ao custo de levadas externalidades negativas tanto sociais quanto ambientais (SACHS, 2008, p. 15)

vigência, possui instrumentos eficazes e funcionais. Seu caráter inovador permite o uso de ferramentas que possibilitam este trabalho como a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, os acordos setoriais, a economia circular que já provou ser fundamental nesse processo de garantir o desenvolvimento sustentável. Além de possibilitar a correta gestão desses resíduos e promover questões sociais latentes, como por exemplo a geração de renda para aqueles que tiram do lixo o seu sustento – os catadores e recicladores – pois permite que atuem em conjunto com as empresas cadastradas para a reciclagem.

## **A obsolescência programada, sociedade de consumo e a geração de resíduos – reflexos do modelo antropoceno**

Junto com uma nova era geológica de desenvolvimento humano e dos avanços tecnológicos, uma nova sociedade de consumo se formou e o descarte tornou-se excessivo. Esse salto no desenvolvimento, deixou de lado o *homo sapiens*<sup>5</sup>, e fez a humanidade ter contato com a tecnologia e a industrialização<sup>6</sup>, uma corrida pelo desenvolvimento que o deixaria cada vez mais próximo de extrapolar qualquer limite planetário. Mesmo que tenha trazido respostas positivas como o desenvolvimento das cidades, transportes e melhoria na qualidade de vida, foi também responsável por externalidades negativas que pesam – e se acumulam – principalmente sobre questões sociais (desigualdades, pobreza, fome e doenças) e ambientais (degradação, extinção de espécies e danos ambientais). Estima-se que a temperatura global vem aumentando a cada ano em relação aos níveis pré-industriais, esse aumento estaria relacionado ao crescimento econômico, desenvolvimento tecnológico e estilo de vida (IPCC, on line, 2020).

E certamente, os índices de descarte de resíduos sólidos são a consequência de uma massificação do consumo, que por sua vez é incentivada – dentre outros – pela obsolescência. Por ela entende-se ser o encurtamento do ciclo de vida de um produto para que perpetue o ciclo de consumo proposto pelo capitalismo moderno (SEGALL, 2018, p. 9) de forma estrategicamente

5 Por definição: *Homo sapiens* – a espécie sapiens (sábia) do gênero *Homo* (homem).

6 Um processo evolutivo longo e dificultoso para a humanidade, ocorrido a mais de 200 mil anos atrás na África Ocidental, se espalhou rapidamente. Um projeto daquele que seria a figura hoje dominante do sistema terrestre. Aceita como a espécie mais forte, desenvolvida e capaz de se adaptar ao sistema em constante mudança passou a conquistar territórios e ampliar sua dominação. De fato, após seu surgimento os saltos de desenvolvimento da humanidade que antes eram contados na casa dos bilhões de anos passaram a reduzir sua pegada para mil, e encurtar o distanciamento entre suas conquistas. Logo após a revolução agrícola, outras se sucederam. A pouco mais de 500 anos, com a revolução científica e a conquista dos mares e oceanos – a expansão da humanidade para continentes distantes – foi observada a ascensão do capitalismo. Em seguida, a revolução industrial embora tenha aberto caminhos significativos para a humanidade, trouxe todo tipo de interação com o ecossistema (HARARI, 2020, p. 5). As florestas abriram espaço para as cidades e os campos foram esvaziados gradativamente por um êxodo em busca de melhores condições de vida e renda que os grandes centros proporcionavam.



programada e proposital. Tais produtos se diferenciam muito pouco dos anteriores, exercem as mesmas funções, mas proporcionam ao indivíduo uma “nova e inexplorada oportunidade de felicidade” (BAUMAN, 2008, p. 51).

Conceitos que quando contextualizados na sociedade e consumo explicam muitas situações controversas a respeito da geração de resíduos e o motivo de não se intensificar a prática do reaproveitamento. É fundamental manter o mercado aquecido, a produção constante, o consumo correspondendo e a obtenção de lucro. Uma produção contínua é medida de qualidade e progresso da civilização (GALBRAITH, 1987, p. 101), mantendo a lógica baseada em atender desejos e necessidades. Se antes as necessidades se limitavam a alimentação, moradia e abrigo, posteriormente passou a “satisfazer anseios por automóveis mais potentes e comidas mais exóticas” (GALBRAITH, 1987, p. 116). Na realidade buscava-se pelo maior número de necessidades satisfeitas, para que outras pudessem ser supridas logo em seguida.

E podemos dizer que esta era geológica trouxe uma reunião de diferentes “sociedades” com as quais a humanidade precisa se preocupar e buscar meios de contornar a expansão de seus danos. Ela possibilitou a coabitação da sociedade de risco e da sociedade de consumo que embora Daniele Moreira consiga fazer certa distinção<sup>7</sup>, nos parece ocorrer uma verdadeira homogeneização em se tratando de reflexos. Ambas são fruto de um processo de civilização e industrialização, que fez o homem aprimorar seu sistema produtivo, o consumo não existiria se não fosse a revolução industrial e tecnológica, o consumismo não seria uma religião se não fosse a capacidade produtiva das fábricas. E tanto a atividade de produzir como a de consumir são geradoras de riscos. Podem ser tratadas como externalidades negativas de atividades necessárias (ANTUNES, 2000, p. 214) onde o risco é proeminente. A produção em massa, resulta em consumo em massa que resulta em descarte pós consumo em massa. E esse resíduo é fruto tanto da sociedade de risco, como da sociedade de consumo, nada mais necessário do que Políticas Públicas que tenham abrangência suficiente e possam ir além de suas próprias proposições; dessa forma, sua efetividade consiste em estar apta a atender a evolução das demandas sociais.

## **A Política Nacional de Resíduos Sólidos como política pública de defesa de direitos fundamentais**

Já foi debatido que a humanidade atingiu elevado grau de desenvolvi-

---

<sup>7</sup> Segundo a pesquisadora na intersecção da sociedade de consumo com a sociedade de risco a primeira cruza-se com a segunda por ser organizada para satisfazer necessidades de oferta e procura, e a segunda é o estágio avançado da sociedade industrial que foi por sua vez resultado de um processo modernização no decorrer da evolução humana. E ainda, o próprio consumo incorre em danos e novos riscos, por ser baseado na produção para consumo em massa e posterior geração de resíduos (também massificados) acaba refletindo em riscos incalculáveis e incontroláveis (MOREIRA, 2015, p. 61-62). A geração de resíduos pós consumo é um evidente exemplo.

mento, e hoje está pautada no consumo em massa, e a geração de resíduos, aliada ainda à pressão exercida sobre os recursos naturais, fruto da sociedade de consumo. Já foi observado também que o consumo propicia o progresso e o desenvolvimento, reflete na garantia digna de vida e no crescimento populacional, mas deve ser pensado sustentavelmente. Não se propõe com este estudo radicalizar e taxar o consumo como prática unicamente prejudicial, muito pelo contrário ele é necessário, como visto, para o desenvolvimento sadio da humanidade. É ele que possibilita a manutenção da capacidade produtiva que influencia na economia, no bem estar, no desenvolvimento tecnológico e científico.

Mas o que se propõe discutir são os níveis de consumo, e quando falamos em consumo neste momento não estamos relacionando apenas ao comprar itens dispostos em prateleiras, mas consumir na sua conceituação abrangente: destruir. O consumo destruição possui um viés muito mais perigoso do que o ato de consumir bens. Ele pode estar relacionado não somente ao ato de retirar da natureza os recursos necessários para a produção destes mesmos bens. Mas também no seu despojo.

Inocência pensar que ao se descartar um produto – seja ele vítima da obsolescência ou não - e assumindo que esse descarte não foi realizado sob as regras da gestão dos resíduos sólidos<sup>8</sup> não se consumirá recurso natural. Basta observar um dos atuais vilões nesse processo de consumo<sup>9</sup> de recursos: o plástico. Desde 1950 a quantidade de plástico descartado vem aumentando exponencialmente, embalagens que são usadas apenas uma vez em 95% das vezes segundo levantamento disponível no Relatório *Breaking the plastic Wave*, são descartadas e tem destino incerto (ou na vastidão dos oceanos<sup>10</sup>). Em 2016 eram 396 milhões de toneladas deste resíduo – o equivalente a 53 kg por pessoa no planeta - e a projeção é que esse número seja 40% maior em 2030 (WWF, 2019, p. 12). Um produto que consome 500 anos para se decompor, mas antes mesmo deste processo longo já consumiu recursos na sua fabricação e que agora terão a incumbência de digerir o seu resíduo.

Portanto, quando se pensa em gestão de resíduos é importante ter em mente que esses resíduos já causaram um dano ao ambiente, e o processo de descarte ao ser levado a sério evita que consuma ainda mais recursos. É neste sentido que a tratativa da PNRS neste trabalho proposto é de uma ferramenta de garantia de direitos fundamentais. E isso fica claro quando entendemos e

---

8 No Brasil temos a Política Nacional de Resíduos Sólidos, a lei 12.305/2010. Mas que em outras partes do mundo existem regramentos similares.

9 Na conceituação definida segundos antes onde consumir é destruir. Relacionado ao ato de retirar da natureza os recursos necessários para a produção de bens de consumo e seu despojo pós consumo.

10 Não seria da mesma forma absurda a afirmação de que no oceano podem conter mais resíduos plásticos do que peixes, uma indústria que de acordo com o levantamento do Fórum Econômico Mundial consumirá 20% da produção de petróleo e 15% do orçamento anual de carbono. (<http://www.weforum.org/reports/the-new-plastics-economy-rethinking-the-future-of-plastics>)

assimilamos conceitos como os constantes em iniciativas protetivas. Se antes a proteção ambiental não estava no rol de preocupações governamentais, que apenas se preocupavam no crescimento do Produto Nacional Bruto, após a década de 70, e não coincidentemente após o período conhecido como a grande aceleração, a poluição passou a ser um problema recorrente nas nações mais desenvolvidas. Segundo o professor Paulo B. Antunes “meio ambiente e economia mantêm uma relação extremamente íntima entre si, já que a atividade econômica se faz sobre a utilização de recursos” (ANTUNES, 2000, p. 200). Dito isso, não foi sem motivo que políticas voltadas para a defesa do meio ambiente foram surgindo pouco a pouco.

Muito embora existam desde as primeiras convenções internacionais políticas voltadas para a proteção do meio ambiente e a garantia da sadia qualidade de vida, como direito fundamental de terceira dimensão, já incluído em diferentes constitucionais de muitos países, entende-se que é precária em certos aspectos deixando escapar medidas mitigadoras ou protecionistas fundamentais para garantir a dignidade humana e a perpetuação do sistema terrestre como um todo.

E podemos destacar o uso sustentável dos recursos naturais pelos Estados, não prejudicando o ecossistema global e/ou além de suas fronteiras. Neste sentido o Princípio 21 da Declaração de Estocolmo autoriza a exploração desses recursos pelos Estados nos termos de suas políticas ambientais próprias<sup>11</sup>, ou o constante no artigo 225 da Constituição Federal Brasileira de 1988<sup>12</sup>. O próprio conceito de Desenvolvimento Sustentável, informa que políticas públicas estatais devem seguir os princípios basilares de proteção do meio ambiente. (WEDY, 2018, p.200).

Essa visão holística e integrada de direitos fundamentais é importante para compreender que não se trata apenas de um meio ambiente saudável, mas também a possibilidade de se desenvolver sustentavelmente. Já foi descrito que o homem necessita de meios propícios para que outros direitos sejam atingidos<sup>13</sup>, e se compreendermos que uma correta gestão de resíduos permite isto, seríamos capazes de respeitar normativas principiológicas máximas.

E pensando nessa necessidade de uma gestão adequada que a PNRS põe fim ao equívoco em atribuir o rótulo de lixo a todos os resíduos sólidos produzidos pelo homem. Lixo é algo despido de qualquer valor, já os resí-

---

11 Em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos em aplicação de sua própria política ambiental e a obrigação de assegurar-se de que as atividades que se levem a cabo, dentro de sua jurisdição, ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda jurisdição nacional

12 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

13 Quando falamos em desenvolvimento social como um dos elementos para um desenvolvimento sustentável e uma dimensão ecológica da dignidade humana (SARLET e FENSTERSEIFER, 2017, p. 58), existindo o dever do estado de garantir não somente um bem-estar ambiental, mas também social

duos se corretamente processados geram não só valor em termos monetários, como renda para aqueles que participam da sua gestão. A indústria do lixo é uma indústria milionária, um bom exemplo disso é a China, que começou a comprar lixo nos anos 1980, para suprir a demanda por matérias-primas através da reciclagem, e basicamente vivia do lixo de outros países, comprando – inclusive do Brasil – para reciclar.

Tanto é que a Lei 12.305/2010 expõe como alguns de seus objetivos – além da destinação final correta – um incentivo a indústria da reciclagem, fomentando o uso de matérias primas provenientes de produtos reciclados<sup>14</sup> (SILVA e SOLER, 2019, edição Kindle posição 594). Uma evidente intenção de “minimizar as diferenças sociais e possibilitar a atuação de setores menos favorecidos da sociedade que passaram a tirar seu sustento dessa atividade” (SILVA e SOLER, 2019, edição Kindle posição 674) que fica bem explicado em seu Artigo 6º inciso VIII<sup>15</sup>.

Outro ponto que merece destaque são as metas impostas pela lei na intenção de “eliminar ou recuperar” os lixões no intuito favorecer a inclusão social dos catadores<sup>16</sup> dando-lhes emancipação econômica, uma inovação em termos de inclusão trazida pela lei. Além de garantir a participação desses sujeitos no processo de coleta seletiva, em substituição ao sistema informal de coleta predominante. E esse talvez seja um ponto nevrálgico da questão, a atuação desses sujeitos já ocorre informalmente a anos, e isso mascara os números do lixo de fato coletado e sujeita essa classe à processos indignos de trabalho. Monitorando e vinculando sua atividade aos processos de gestão e inserindo-os nos ciclos do descarte possibilita não só mensurar o montante de resíduos coletados como permite cumprir direitos básicos como a renda e a dignidade.

O que se nota é uma evidente narrativa de defesa dos direitos fundamentais não somente da humanidade à uma qualidade de vida ou meio ambiente sadio, mas também para aqueles que estão diretamente ligados aos resíduos. Demonstrando uma série de mudanças legislativas que tinha como intuito reconhecer o valor do trabalho dos catadores (SEVERI, 2014, p. 153). Uma vasta cadeia de trabalhadores<sup>17</sup> que não só contribuem com a gestão do resíduo como garantem subsistência. Sabias palavras Fabiana S. Severi (2014, p. 168) ao afirmar que conferir reconhecimento jurídico a demandas legítimas de determinados grupos sociais por meio da criação de lei é um passo funda-

14 Art. 7º São objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos: VI - incentivo à indústria da reciclagem, tendo em vista fomentar o uso de matérias-primas e insumos derivados de materiais recicláveis e reciclados;

15 Art. 6º São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos: VIII - o reconhecimento do resíduo sólido reutilizável e reciclável como um bem econômico e de valor social, gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania;

16 A definição de catadores encontra-se descrita no Artigo 1º, parágrafo único da lei 7.405/10 que institui o programa pró-catador.

17 Não se trata apenas dos catadores, mas também outros intermediários como sucateiros que compram destes e revendem para a indústria transformadora. Sem deixar de fora o papel importante das cooperativas.

mental no processo de fortalecimento da cidadania.

## Conclusões Finais

Com bases bem definidas nos regramentos legislativos é possível garantir direitos básicos e necessários para uma sadia qualidade de vida, não só no quesito ambiental como no social. A humanidade passou por vários processos de amadurecimento tanto de suas técnicas de dominação quanto de exploração. Mas isso não pode ser visto somente pejorativamente.

Os avanços científicos, tecnológicos e a forma como exploramos o ambiente a nossa volta possibilitou avanços que beneficiaram a humanidade em amplos aspectos. Porém, em dado momento esses avanços extrapolam os limites suportados pelo ambiente que nos cerca. E o que se observa é um aumento dos danos refletidos diretamente no bem mais precioso: o meio ambiente.

Não há como desenvolver-se em um ambiente inóspito ou pouco propício à perpetuação da vida, é preciso que o desenvolvimento esteja em consonância com a manutenção dos ecossistemas mesmo que isso seja um obstáculo ao desenvolvimento acelerado que determina a economia. A geração de resíduos característica da era antropocena reflete diretamente em uma degradação ambiental não observada antes da grande aceleração. A elevação da temperatura global, a quantidade de lixo encontrado nos oceanos e as montanhas de lixo eletrônico em decorrência da obsolescência não eram observados antes da década de 50.

É neste cenário que políticas públicas de gestão de resíduos são urgentes e cumprem seu papel em permitir que esses resíduos, provenientes da sociedade de consumo possam ser destinados corretamente ou se ainda existir uma chance para eles, retornar para a cadeia produtiva dando origem a novos produtos.

E ainda, conseguem satisfazer necessidades antigas e respeitar direitos fundamentais basilares daqueles que já tiram dos resíduos o sustento de suas famílias, um fortalecimento da cidadania, o respeito a direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos e potencializa os princípios a um desenvolvimento sustentável. E esse índice de aproveitamento corresponde a ferramentas previstas pela Política Nacional de Resíduos Sólidos, nas formas da Lei 12.305/2010 que regula a gestão dos resíduos. Para alguns autores traz características inovadoras, por abrigar em seu texto questões relacionadas a Responsabilidade Compartilhada Pelo Ciclo de Vida, os Acordos Setoriais, a Logística Reversa e a promoção da Economia Circular.

E é preciso pensar nesses instrumentos como fio condutor de um desenvolvimento sustentável. Partindo de seu conceito nascido no relatório *Nosso Futuro Comum*, como a capacidade de satisfazer as necessidades do presente, sem comprometimento do estoque ambiental das futuras gerações, podemos dizer que não está somente relacionado ao desenvolvimento ambiental,

mas também o social. A implementação de políticas públicas que busquem a sustentabilidade tende a garantir direitos fundamentais defendidos pela promoção ao desenvolvimento sustentável. Como é sabido ele se constrói sobre uma base sólida que reúne elementos importantes: o desenvolvimento econômico, a inclusão social e a busca pela dignidade da pessoa humana, a responsabilidade ambiental e a boa governança – com as políticas públicas voltadas para o desenvolver-se sustentavelmente. E isso seria possível ao se reconhecer alguns direitos como direitos fundamentais.

## Referências

ANTUNES, P. D. B. **Dano ambiental**: Uma abordagem conceitual. 1. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2000.

BAUMAN, Zigmunt. **Vida para consumo**: A transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Decreto 7.404 de 23 dezembro de 2010**. Regulamenta a Lei no 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/Decreto/D7404.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7404.htm)

\_\_\_\_\_. **Lei 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: < <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=636> >

FILHO, C. R. V; SOLER, F. D. **Gestão de Resíduos Sólidos**: o que diz a lei [livro eletrônico] 4º ed. Atual. e rev. São Paulo: Trevisan, 2019.

GALBRAITH, John K. **A sociedade afluyente**. São Paulo: Editora Pioneira, 1987

HARARI, Yuval N. **21 lições para o século 21**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018

IPCC. **Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change**. Disponível em: <<https://www.ipcc.ch/report/ar5/syr/>>. Acesso em: 08 de nov. 2020.

MOREIRA, Danielle de A. **Responsabilidade ambiental pós-consumo**: prevenção e reparação de danos à luz do princípio do poluidor pagador. 1ª ed. São Paulo: Letras Jurídicas; Rio de Janeiro: PUC- Rio, 2015.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **O Direito Ambiental no limiar de um novo paradigma jurídico ecocêntrico no Antropoceno**. GenJurídico, São Paulo. 18 de mai. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/05/18/antropoceno-paradigma-ecocentrico/>. Acesso em: 10 de ago. 2020.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento:** Incluyente, sustentável e sustentado. Rio de Janeiro: Garamond, 2008

SEGALL, Pedro M. **Obsolescência programada:** a tutela do consumidor nos direitos brasileiros e comparado. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018

SEVERI, Fabiana C. Os catadores de materiais recicláveis e reutilizáveis na Política Nacional de Resíduos Sólidos. **Revista Direito e Práxis Vol. 5**, n. 8, 2014, pp. 152-171.

WEDY, Gabriel J.T. **O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas.** São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

WEF. World Economic Forum. **Relatório:** A nova economia do plástico: Repensando o futuro dos plásticos. Geneva, Suíça: WEF, 2016.

WWF. Fundo Mundial para a Natureza. **Relatório:** Solucionar a poluição plástica: Transparência e responsabilização. Gland, Suíça: WWF, 2019.

# RISCO SOCIAL EM PERÍODOS DE PANDEMIA: OS DESDOBRAMENTOS ECOLÓGICOS NO CENÁRIO DE GLOBALIZAÇÃO POLÍTICO-ECONÔMICA

**Carla Benedetti de Oliveira**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

**Manoela Plácido do Amaral**

Universidade Estadual de Londrina

## **Resumo:**

A proteção social faz parte do Estado de Bem-Estar Social, que ampara situações de risco social. Vivemos a pandemia do Corona Vírus, que é uma das manifestações do modelo econômico que se impõe e tem levado à catástrofe ecológica, negligenciada pela mídia e política. Riscos sociais que precedem a pandemia sobrepõem-se aos grupos de vulnerabilidade: mulheres; trabalhadores informais; “ambulantes”; pessoas em situação de rua; moradores de periferias e favelas; refugiados; deficientes e idosos. O risco não respeita fronteiras. Há a ambivalência dos riscos no mercado: são, para além disso, oportunidades. Mercado que explora os recursos naturais e já não pode evitar a catástrofe ecológica. As pandemias e crises ecológicas são uma resposta da Natureza aos danos que lhe são causados. O desequilíbrio entre Estado, mercado e comunidade, traduz-se na incapacidade que o neoliberalismo impôs ao Estado para lidar com emergências como o Corona Vírus.

**Palavras-chave:** Bem-estar social; Corona vírus; Riscos sociais; Catástrofe ecológica; Neoliberalismo.

## **Sistema de Proteção Social em Correspondência com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

A dignidade da pessoa humana é caracterizada como sobreprincípio e fundamento do ordenamento jurídico, não só em campo nacional, mas internacional, quando entendemos a conquista dos direitos humanos e sociais de forma mais ampla, sendo norma balizadora, absoluta, indisponível e intrínseca a qualquer indivíduo.

Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, Ingo Wolganf Sarlet



considera:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos de sua própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>1</sup>

As práticas de proteção social fazem parte do modelo de Estado de Bem-Estar Social, que visa à garantia de amparo frente a situações de risco social. Há que se compreender e contextualizar as fontes que justificam essas práticas.

No contexto do Século XIX, os Estados nacionais destinavam dos cofres públicos parte substancial aos gastos militares, enquanto parte ínfima do orçamento era destinada a programas sociais. Atualmente, por outro lado, os programas sociais consomem maior parte das despesas do Estado e um resíduo menor é destinado à força militar.

O Estado de Bem-Estar substituiu a militarização intensa e teve início, como ideia, em Bismarck, que em 1880 projetou programas de seguridade compulsória, até William Beveridge implementar no Reino Unido na década de 40 a proteção universal do “berço ao túmulo” contra os cinco “Males Gigantes”, quais sejam: “a doença, a ignorância, a dependência, a miséria e a ociosidade”. Como podemos observar na definição a seguir:

A essência do Estado de Bem-Estar Social reside na proteção oferecida pelo governo na forma de padrões mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação e educação, assegurados a todos os cidadãos como um direito político, não como caridade.

[...]

Intenta-se, garantir ao indivíduo o mínimo de participação na riqueza coletiva. O Welfare State baseou-se na crença implícita de que a ação redistributiva do Estado harmonizava-se com o crescimento econômico, que seria indispensável para que o Estado pudesse exercer suas novas funções.<sup>2</sup>

Enquanto as sociedades eram prioritariamente rurais, contavam, em situações de pobreza e/ou quaisquer outras noções de vulnerabilidade social, somente com a caridade, muitas vezes decorrente da religião, assim como o conceito de “família extensa” para auxílio de sua subsistência. Diante da in-

1 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11.

2 WILENSKI, 1975, apud DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Org.). O estado de bem-estar social no Século XXI. São Paulo: LIT, 2007.

tensa urbanização e industrialização que ocorriam no período, esses dois auxílios tradicionais passam a ser cada vez mais raros e a se dissipar, posto que a população passa a viver em cidades, que não estão aptas a receber o grande número de pessoas que nelas passam a viver, surgindo, entre tantos problemas sociais, a necessidade de transferência destes recursos como responsabilidade e função do Estado.

No início do Século XX, após a ocorrência da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), bem como A Grande Depressão, de 1929, nos Estados Unidos, ocorre uma ampliação do papel do Estado, tendo em vista que muitos riscos sociais foram impostos às populações. O contingente de Guerra corroborou para o retorno às suas casas um número muito menor de pessoas, e muitos deles, com a capacidade para o trabalho comprometida ou nula. Além disso, o grande desemprego decorrente da Grande Depressão e situações de calamidade fazem com que o papel do Estado seja elástico e o conceito de Solidariedade seja inserido para que haja a cobertura dos riscos sociais.

Os direitos sociais passaram a ser exigidos com muito mais afinco diante das novas necessidades e o que antes era regido por uma tradição social enfraquece, e o Estado passa a ter mais força, concretizando a institucionalização das transferências de recursos para a cobertura dos riscos, tendo o Estado como provedor e, com isso, a instituição de direitos aos cidadãos.

## **Risco Social como Reforço à Sociedade de Classes**

Verifica-se que a produção e o rateio de valores econômicos são vinculados à produção de riscos. A história da satisfação de necessidades fundamentais da pessoa, com o advento da modernização ligada à globalização, aumenta as margens de precaução e inquietação em relação aos riscos que o progresso incutiu à sociedade.

Ulrich Beck<sup>3</sup> aponta que o processo de modernização torna-se reflexivo, convertendo-se a si mesmo em tema e problema, os riscos reforçando a sociedade de classes ao invés de revogá-la. Vejamos:

Na grande maioria das vezes o risco dar as caras com vinculação à separação de camadas da sociedade, de sorte que os menos favorecidos são os que mais suportam os ditos riscos e, no primeiro momento: os riscos parecem reforçar, e não revogar, a sociedade de classes.<sup>4</sup>

Até mesmo Adam Smith<sup>5</sup>, quando trata da divisão do trabalho e investiga as naturezas e causas das riquezas das nações, explana suas preocupações

3 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*; tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 24 e ss.

4 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*; tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 24 e ss.

5 SMITH, Adam. *A Divisão do Trabalho. Uma Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações*. Tradução de Luiz João Baraúna. Volume 1, Cap. 2. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

com atenuar os efeitos que a divisão do trabalho traz aos homens: limitando-os, deprimindo-os, doenças ocupacionais, além de outros. Tal pensamento fora formalizado com os utilitaristas adiante, que concentram suas respostas em programas educacionais e preparo humano para dirimir os efeitos nocivos que a divisão do trabalho trouxe à sociedade.

Armando Assis de Oliveira<sup>6</sup> traz a noção da elasticidade da dimensão dos riscos sociais, que variam conforme as circunstâncias promovidas no espaço-tempo. Os riscos sociais que atinjam a qualquer membro da sociedade comportam-se, no todo, como um nódulo de infecção no organismo, que deve ser extirpado. Vejamos:

Devemos considerar a necessidade, a doença, a ignorância e a miséria como inimigos comuns de todos e não como inimigos com os quais cada um deva tentar concluir uma paz em separado.<sup>7</sup>

Nesse sentido, o perigo e a ameaça a que fica exposta a coletividade, diante dos riscos sociais que podem atingir a qualquer um de seus membros, que fique privado dos meios essenciais de prover a vida, atingirá o todo.

Os indicadores confirmam que, na era da economia globalizada e pós-industrial em que vivemos, os sistemas tradicionais de seguridade atravessam uma tripla crise de permanência e sustentabilidade. Financeira, política e moral, diante das alegadas dificuldades de equilíbrio de orçamento a fim de cobrir populações mais exigentes e que envelhecem mais; bem como a necessidade de estruturas de serviços e programas que adaptem-se aos riscos sociais cada vez maiores e que se renovam com rapidez, alinhados, ainda, com expectativas de consumo decorrentes das exposições neoliberais; e, ainda, o desafio maior de conciliar o estímulo empreendedor sem que ocorra o sacrifício do compromisso com os mais vulneráveis, o “Sul” de Boaventura.

## **Pandemias e Catástrofes Ecológicas como Manifestações do Modelo Econômico**

Diante desse contexto, vivenciamos a pandemia do Corona Vírus, a COVID-19, que é uma manifestação entre muitas do modelo de sociedade que se impõe desde o século XVII, como indica Boaventura de Sousa Santos<sup>8</sup>, que tem levado a humanidade à catástrofe ecológica, esta que é negligenciada pelas exposições midiáticas e políticas.

Em primeiro momento, faz-se necessário apontar que a pandemia do Corona Vírus, na qual estamos intensamente inseridos no ano de 2020, não é uma situação de crise atual que entra em contrapartida à uma situação de

6 OLIVEIRA, Armando de Assis. Em busca de uma concepção moderna de “Risco Social”. Revista de Direito Social. Nota Dez, n. 14, 2004, p. 27 e ss.

7 OLIVEIRA, Armando de Assis. Em busca de uma concepção moderna de “Risco Social”. Revista de Direito Social. Nota Dez, n. 14, 2004, p. 27 e ss.

8 SANTOS, Boaventura de Sousa. A cruel pedagogia do vírus. Coimbra: Almedina, 2020, p. 14 e ss.

normalidade. A partir da década de 1980, quando o neoliberalismo se impôs como a variante de capitalismo que viveríamos e se submeteu, cada vez mais, aos ditames do mercado financeiro, a crise passa a ser parte da normalidade no mundo.

Boaventura de Sousa Santos define a paradoxal crise permanente na qual vivemos desde então, como:

Uma situação duplamente anômala. Por um lado, a ideia de crise permanente é um oxímoro, já que, no sentido etimológico, a crise é, por natureza, excepcional e passageira, e constitui a oportunidade para ser superada e dar origem a um melhor estado de coisas. Por outro lado, quando a crise é passageira, ela deve ser explicada pelos factores que a provocam. Mas quando se torna permanente, a crise transforma-se na causa que explica tudo o resto. Por exemplo, a crise financeira permanente é utilizada para explicar os cortes nas políticas sociais (saúde, educação, previdência social) ou a degradação dos salários. E assim obsta a que se pergunte pelas verdadeiras causas da crise. O objectivo da crise permanente é não ser resolvida. Mas qual é o objectivo deste objectivo? Basicamente, são dois: legitimar a escandalosa concentração de riqueza e boicotar medidas eficazes para impedir a iminente catástrofe ecológica. Assim temos vivido nos últimos quarenta anos. Por isso, a pandemia vem apenas agravar uma situação de crise a que a população mundial tem vindo a ser sujeita. Daí a sua específica periculosidade. Em muitos países, os serviços públicos de saúde estavam mais bem preparados para enfrentar a pandemia há dez ou vinte anos do que estão hoje.<sup>9</sup>

Desta maneira, Boaventura nos traz o objetivo da crise permanente que é, de fato, não ser resolvida. Ainda que soe absurdo, é uma maneira eficaz de manter posições de poder – políticos e sociais. Legitimando a concentração de riqueza e boicotando medidas que tentam impedir a iminente catástrofe ecológica. Os últimos quarenta anos foram vividos dessa forma, com pouquíssimas medidas paliativas para enfrentar tal catástrofe.

O acontecimento de uma pandemia vem, abruptamente, exigir mudanças drásticas para a sobrevivência das pessoas. Drásticas porque com a pandemia, opções antes impossíveis, passam a ser implementadas em uma rapidez histórica e por uma parcela substancial da população. A ideia conservadora de que não há alternativa ao neoliberalismo hiper capitalista no qual vivemos é derrubada. Fica-se em casa; deixa-se de ir às compras quase todos os dias, para transformá-las em compras mais essenciais e espaçadas, entre outras atitudes.

Entretanto, as alternativas, por terem sido expulsas do sistema econômico e político, aparecerão com as pandemias de saúde; com os desastres ambientais e colapsos financeiros.<sup>10</sup> Ainda que surja uma consciência de união

9 SANTOS, Boaventura de Sousa. A cruel pedagogia do vírus. Coimbra: Almedina, 2020, Capítulo 01, p. 04-05.

10 SANTOS, Boaventura de Sousa. A cruel pedagogia do vírus. Coimbra: Almedina,

mundial que decorre do Corona Vírus, sabemos que os alvos fatais da pandemia de maneira imponente são pré-selecionados pelo sistema econômico que sustenta os riscos sociais.

Riscos sociais que precedem a pandemia agravam-se com ela e sobrepõem-se com mais veemência aos grupos de vulnerabilidade social, aos quais Boaventura denomina como Sul, que não se refere a um espaço geográfico, mas sim a um espaço-tempo político, social e cultural.

Inseridos nesses grupos, estão: mulheres – com a sobrecarga dos cuidados domésticos e por serem maioria nas profissões de saúde, além da alta no número de divórcios e violência doméstica, para dizer o mínimo; trabalhadores informais – globalmente dominantes, posto que as recomendações de trabalho em casa é impraticável justamente pela natureza de suas funções, o que obriga a escolherem entre sair para o trabalho e correr riscos de contaminação ou ficar em casa e correr o risco de passar fome; “ambulantes” – que dependem exclusivamente do movimento nas ruas e que não possuirão outras formas de manter a subsistência ou os cuidados adequados para a prevenção do vírus; população em situação de rua – que sofrem primeiro diante da desinformação e, passado isto, a ausência de condições de seguir os protocolos de distanciamento social e higiene; moradores de periferias e favelas – que também sofrem da ausência de condições de seguir os protocolos de distanciamento social e, em muitas localidades, há falta de água e sabão para promover a higiene indicada; refugiados; deficientes e idosos, aos quais a situação de quarentena impõe violento sofrimento decorrente da exploração do modelo econômico vigente, pela discriminação racial e sexual, pelo capacitismo.

O rol dos indivíduos que estão a sul da quarentena está longe de ser taxativo. Consideremos os presos e pessoas com enfermidades mentais, como a depressão. Mas os apontados demonstram que, por um lado, ao contrário do divulgado nas mídias e pelas organizações internacionais, a quarente não só torna mais cristalina, como reverbera injustiças, discriminação, exclusão social e o sofrimento decorrente disto. Tais assimetrias tornam-se mais visíveis diante do pânico que envolve os que não estão habituados a elas.

Considerando a situação de perigo global, o risco torna-se concreto e não respeita fronteiras sociais ou territoriais e não há harmonia. Ao lidarmos com a pandemia, observamos a ambivalência dos riscos na sociedade de mercado desenvolvida: são, para além de riscos, oportunidades de mercado<sup>11</sup>, pois observamos os grandes lucros dos bilionários detentores de grandes lojas multinacionais e online, que lucraram muito com a quarentena.

Mercado esse que explora sem cessar os recursos naturais e que já não pode evitar a catástrofe ecológica, mas apenas tentar adiá-la. Não se pode negar a interligação da pandemia com a catástrofe ambiental.

Comprovadamente, o aumento dos gastos sociais em períodos como o

---

2020, Capítulo 01, p. 05.

11 BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade; tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 56 e ss.

considerado período “Anos Dourados”, pós ocorrência da Segunda Guerra Mundial, demonstra que o crescente investimento social coaduna com uma melhor conjectura socioeconômica. O impulso de universalização em políticas públicas que visam o universal em contrapartida às políticas públicas focalizadas demonstra que o risco desse investimento é muito baixo, portanto, retorna facilmente em níveis econômicos ao Estado que o implanta.

Nesse contexto, é que podemos visualizar um Estado de Bem-Estar Social que é também produtivista e, ainda, visualizar políticas sociais como um investimento devido ao apoio à expansão da produtividade agregada. O investimento em capital humano, quando universal, traz resultados econômicos muito positivos aos Estados que o aplicam.

Entendamos o exemplo de quem está “a norte” da pandemia. Os países europeus superdesenvolvidos, que investem em capital humano, em quantidade e qualidade, a fim de que seja possível e não doloroso aos cofres públicos, o envelhecimento de qualidade da população. O retorno econômico a partir de tal investimento é certo. É uma demonstração de Estado de Bem-Estar Social moderna.

No Brasil, para o enfrentamento da pandemia do Corona Vírus – ainda que muitas críticas possam se formular acerca do enfrentamento fraco à pandemia –, fora implementado o “auxílio-emergencial”, com impacto médio de 2,5% do PIB (Produto Interno Bruto) do País. Proporcionalmente, o efeito é ainda mais significativo no Nordeste – 6,5% do PIB.<sup>12</sup> Esse impacto se dá porque o auxílio emergencial é um programa de transferência de renda direta, sem nenhuma contrapartida da população, portanto possui efeito “pulverizador e multiplicador” em todos os segmentos econômicos.

Assim, as alternativas para conter os efeitos danosos resultantes de eventos específicos e catastróficos, bem como decorrentes da vivência em nosso sistema econômico são possíveis, embora erroneamente ou pouco praticadas.

As primeiras lições da intensa pedagogia do vírus, como nomina Boaventura, e que poderemos levar, são: o tempo político e midiático condiciona o modo como a sociedade contemporânea se apercebe dos riscos que corre; as pandemias não matam tão indiscriminadamente como se julga; enquanto modelo social, o capitalismo não tem futuro; a extrema-direita e a direita “hiper-neoliberal” ficam definitivamente (espera-se) descredenciadas; o colonialismo e o patriarcado estão vivos e reforçam-se em momentos de crise aguda<sup>13</sup>; o regresso do Estado e da comunidade pode ser uma das alternativas trazidas neste momento de crise aguda que tem a chance de vislumbrar um futuro diferente.

As pandemias e crises ecológicas são como uma resposta da Natureza

---

12 COSTA, Ecio de Farias. FREIRE, Marcelo Acioly dos Santos. Estudo de Avaliação do Programa de Auxílio Emergencial: Uma análise sobre focalização e eficácia a nível municipal. Recife: UFPE, 2020.

13 SANTOS, Boaventura de Sousa. A cruel pedagogia do vírus. Coimbra: Almedina, 2020, Capítulo 01, p. 25.

aos danos que lhe são direcionados cotidianamente. Vejamos o que aponta Boaventura:

A pandemia do coronavírus é uma manifestação entre muitas do modelo de sociedade que se começou a impor globalmente a partir do século XVII e que está hoje a chegar à sua etapa final. É este o modelo que está hoje a conduzir a humanidade a uma situação de catástrofe ecológica. Ora, uma das características essenciais deste modelo é a exploração sem limites dos recursos naturais. Essa exploração está a violar de maneira fatal o lugar da humanidade no planeta Terra. Esta violação traduz-se na morte desnecessária de muitos seres vivos da Mãe Terra, nossa casa comum, como defendem os povos indígenas e camponeses de todo o mundo, hoje secundados pelos movimentos ecologistas e pela teologia ecológica. Essa violação não ficará impune. As pandemias, tal como as manifestações da crise ecológica, são a punição que sofremos por tal violação. Não se trata de vingança da Natureza. Trata-se de pura auto-defesa. O planeta tem de se defender para garantir a sua vida. A vida humana é uma ínfima parte (0,01%) da vida planetária a defender.<sup>14</sup>

A resposta que teremos ante a devastação absurda dos recursos naturais do Planeta será cada vez mais catástrofes ecológicas e pandemias. Por vezes, a ligação entre a ação e a reação não é tão óbvia. Muitas vezes diretamente a provocamos, ou a negamos – o que é ainda pior.

Como ocorreu no caso das Queimadas do Pantanal, bioma que abrange Brasil, Bolívia e Paraguai e que, de acordo com o INPE – Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais do Brasil, as queimadas na região aumentaram 210% no ano de 2020, em comparação ao mesmo período do ano de 2019<sup>15</sup>. Considerando o período de janeiro a setembro de 2019, foram registrados 4660 focos de incêndio, em 2020, foram registrados 14.498 focos.

A origem das queimadas na região do Pantanal está diretamente ligada ao aumento das atividades agrícolas e pecuaristas; à ação humana ou antrópica; e ao clima tropical aliado ao tempo seco, além de ausência de fiscalização ou regulamentação de punição para quem pratica às queimadas.

O presente desequilíbrio entre Estado, mercado e comunidade, que destaca ao mercado, traduziu-se na incapacidade que o capitalismo neoliberal impôs ao Estado para lidar com emergências como o Corona Vírus, como observado ao redor do mundo.

## Referências

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**; tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

14 SANTOS, Boaventura de Sousa. A cruel pedagogia do vírus. Coimbra: Almedina, 2020, Capítulo 01, p. 30.

15 BRASIL. Banco de Dados das Queimadas. Disponível em <<http://queimadas.dgi.inpe.br/queimadas/bdqueimadas/>>. Acesso em 02.11.2020.

BRASIL. **Banco de Dados das Queimadas**. Disponível em <<http://queimadas.dgi.inpe.br/queimadas/bdqueimadas/>>. Acesso em 02.11.2020.

COSTA, Ecio de Farias. FREIRE, Marcelo Acioly dos Santos. **Estudo de Avaliação do Programa de Auxílio Emergencial**: Uma análise sobre focalização e eficácia a nível municipal. Recife: UFPE, 2020.

KERSTENETZKY, Celia. **O Estado do Bem-Estar Social na Idade da Razão**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

OLIVEIRA, Armando de Assis. Em busca de uma concepção moderna de “Risco Social”. **Revista de Direito Social**. Nota Dez, n. 14, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra: Almedina, 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Construindo as Epistemologias do Sul**: Antologia Essencial. Volume I: Para um pensamento alternativo de alternativas / Boaventura de Sousa Santos; compilado por Maria Paula Meneses... [et al.]. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SMITH, Adam. **A Divisão do Trabalho. Uma Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações**. Tradução de Luiz João Baraúna. Volume 1, Cap. 2. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

WILENSKI, 1975, apud DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Org.). **O estado de bem-estar social no Século XXI**. São Paulo: LTr, 2007.



# PROTEÇÃO AMBIENTAL: FUNÇÃO SOCIAL E COMBATE À VIDA PARA CONSUMO

**Renata Martins Vasconcelos**

Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás. Pesquisadora. Advogada

**José do Carmo Alves Siqueira**

Professor da Universidade Federal de Goiás na graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário. Pesquisador. Doutor em Direito pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito Agrário pela UFG. Advogado

## Resumo:

São funções sociais da proteção ambiental combater a *vida para consumo* e realizar justiça social em contraponto ao capitalismo hiperconcentrador. Esse estudo analisa o capitalismo de consumo fomentador do *desenvolvimento* hegemônico que domina a Natureza, acumula riquezas e substitui o cidadão pelo consumidor instrumental. A abordagem metodológica é dialético-reflexiva, com revisão bibliográfica, na perspectiva crítica sobre a realidade. O capitalismo de hiperconsumo potencializa a produção, publicidade, indução de desejos, descarte, lixo e poluição, para sustentar essa *cultura* de vida ideal. O mercado exerce uma super *soberania*, usurpa poder e funções do Estado, influencia contextos sociais e causa impedimentos à inclusão e efetiva a exclusão, bem como promove insegurança e injustiças ambiental e social. A proteção ambiental como um direito-dever (função social) inscrito na Constituição surge como possibilidade de restauração da soberania do Estado frente ao mercado ditador do consumo.

**Palavras-chave:** Direito agrário; Direitos humanos; Proteção ambiental; Justiça social; Sociedade de consumo.

## Introdução

[...] a natureza do sofrimento humano é determinada pelo modo de vida dos homens. As raízes da dor da qual nos lamentamos hoje, assim como as raízes de todos os males sociais, estão profundamente entranhadas no modo como nos ensinam a viver. (BAUMAN, 2010, p. 24)

A globalização econômica, acentuada a partir dos anos 80 do século passado, do pós-guerra e da formação de blocos econômicos, desencadeou mudanças consideráveis no *modo de vida* do ser humano contemporâneo. Esse modelo de desenvolvimento econômico, que se sustenta na exploração exaustiva dos recursos naturais e da força de trabalho, tem se apresentado como condutor de comportamentos humanos predatórios, descompromissado com o futuro próximo e gerador de situações de risco para a própria existência humana.

A sociedade que emergiu, na Europa, a partir das ideias iluministas – para pavimentar o caminho para o governo da razão (BAUMAN, 2008, p. 83) –, influenciando todo o Ocidente, responsável por esse *modo de vida* contemporâneo, traduz a modernidade. Na modernidade resultante da ruptura com o passado, acima de tudo, da tradição. O derretimento dos sólidos, conforme Zygmunt Bauman (2001, p. 11), levou à libertação da economia de seus tradicionais embaraços políticos, éticos e culturais, sedimentando uma nova ordem, definida, principalmente, em termos econômicos. Dessa liberdade, ocorre a instrumentalização do mundo da vida<sup>1</sup> e do direito pela economia, sujeitando os direitos fundamentais à desdiferenciação e subordinação ao código ter/não ter. Na modernidade, segundo Marshall Berman:

Há um turbilhão de descobertas e mudanças sociais: criação de novos ambientes humanos e destruição dos antigos; aceleração do ritmo da vida com uma descomunal explosão demográfica, penalizando milhões de pessoas arrancadas de seu *habitat*, empurrando-as pelos caminhos do mundo em direção a novas vidas; criação de Estados Nacionais superpoderosos; industrialização da produção, transformando conhecimento científico em tecnologia; criação de novas formas de poder e luta de classes; um mercado capitalista mundial, flutuante, em permanente expansão (BERMAN, 2007, p. 25).

BAUMAN explica bem, trata-se de um *capitalismo parasitário*: “a força do capitalismo está na extraordinária engenhosidade com que busca e descobre novas espécies hospedeiras sempre que as espécies anteriormente exploradas se tornam escassas ou se extinguem” (2010, p. 9 e 10).

Contudo, ao mesmo tempo em que as instituições sociais modernas oportunizaram possibilidades de uma vida com mais conforto, também, provocaram alguns dissabores, quais sejam: homens submetidos à disciplina de trabalhos áridos; marginalização das massas; uso do poder político de forma arbitrária (totalitarismos); industrialização da guerra e destruição do meio ambiente.

Na contemporaneidade, acredita-se estar a humanidade caminhando para um novo período, para alguns sociólogos, como Zygmunt Bauman, um desdobramento da modernidade -*modernidade líquida* -, para outros, segunda

---

1 O mundo da vida que se realiza nas relações de solidariedade e de fraternidade presentes na comunicação diária entre os indivíduos.

modernidade, modernização da modernidade, período pós-moderno. Independentemente da denominação, há em curso um novo modelo de ordem social, econômica e política, em conformidade com o princípio do prazer e do desejo, a fim de atender às necessidades de um sistema parasitário:

A maior parte da população está integrada à sociedade contemporânea - modernidade líquida - em seu papel de consumidora, não de produtora, transferindo a fonte primária de acumulação capitalista da indústria para o mercado de consumo, consequência da crise de legitimação do Estado Capitalista (BAUMAN, 2010, p. 29).

É totalmente questionável essa *nova* ordem social, sobretudo se considerar o fato de que boa parte da humanidade vive fora dessa ordem (não incluída<sup>2</sup>), e, ainda, o fato de que a maioria não tem alcance aos avanços da modernidade<sup>3</sup>. Pode-se dizer que a sociedade pós-moderna, líquida, fluida, consumista e desregulamentada, tem um papel poderoso na manutenção de um alto nível de ambivalência<sup>4</sup> da vida individual (BAUMAN, 2008a, p. 92). Essa ambivalência (desordem), antes, um fenômeno social, amplia seu ferrão societário e público ao privado, confirmando ser, também, um fenômeno individual, um problema pessoal, corroborando o desequilíbrio entre liberdade e garantias individuais, potencializando a fragilidade dos laços humanos, a desilusão e a eclosão da crise ecológica; refletindo a crise do modelo de desenvolvimento econômico da modernidade, e, acima de tudo e de todos, expõe o surgimento de uma nova ordem, um novo estágio do mesmo capitalismo, no qual o protagonismo às avessas é da categoria dos consumidores:

[...] as fontes de lucro do capitalismo se deslocaram ou foram deslocadas da exploração da mão de obra operária para a exploração dos consumidores [...]

A cultura de hoje é feita de *ofertas*, não de *normas*. Como observou

---

2 O problema é que a categorização de *não incluído*, *excluído* ou *incluído* pressupõe um lugar ou uma ordem ideal, onde todos deveriam estar (ou impedido de estar), porém, esse lugar é tão subjetivo quanto a presunção de que todos gostariam de se localizar exatamente nesse espaço.

3 Os 20% mais ricos da população mundial consomem 90% dos bens produzidos, enquanto os 20% mais pobres consomem 1%. Estima-se, também, que as vinte pessoas mais ricas do mundo têm recursos iguais aos do bilhão de pessoas mais pobres (BAUMAN, 2015, p. 17).

Em Paris, Genebra ou Frankfurt, uma dona de casa gasta, em média, de 10 a 15% do orçamento familiar na compra de alimentos. No orçamento familiar da dona de casa de Manila, a parte destinada à alimentação varia de 80 a 85% dos seus gastos totais. Na América Latina, de acordo com o Banco Mundial, 41% da população continental vive em “bairros informais”. O menor aumento de preços no mercado provoca, nas favelas, a angústia, a fome, a desintegração familiar, a catástrofe (ZIEGLER, 2013, p. 46).

4 A ambivalência confunde o cálculo dos eventos e a relevância dos padrões de ação memorizados. Nenhum dos padrões aprendidos poderia ser adequado numa situação ambivalente – ou mais de um padrão poderia ser aplicado; seja qual for o caso, o resultado é uma sensação de indecisão, de irresolução e, portanto, de perda de controle (BAUMAN, 1999, p. 10).

Pierre Bourdieu, a cultura vive de sedução, não de regulamentação; de relações públicas, não de controle policial; da criação de novas necessidades/desejos/exigências, não de coerção: Esta nossa sociedade é uma sociedade de consumidores (BAUMAN, 2010, p. 32 e 33).

Tal constatação, objeto do presente estudo, transparece, quando analisa o fenômeno do capitalismo de consumo ou como prefere Bauman, revolução consumista, surgido a partir da modernidade, evoluindo para uma “sociedade de hiperconsumo” (LIPOVETSKY, 2007). Nessa direção, a presente análise se volta à distribuição social do ônus ambiental advindo da lógica econômica imperante. Por fim, o estudo busca, no direito, a possibilidade de uma reconstrução ética de um Estado de Direito regulador, direcionado à proteção ambiental, através da efetivação da função socioambiental e o resgate da esperança, numa era de desilusões, (des)ordenada pela lógica do mercado.

## Capitalismo de Consumo

O *modo de vida* da sociedade contemporânea evidencia o consumo, influenciador das relações sociais e, conseqüentemente, da construção da identidade cultural do indivíduo, além de elemento indispensável para a acumulação de capital, base do sistema capitalista concentracionista por excelência. No decorrer do último século, a produção capitalista, expande pelos ramos da produção de tudo que os indivíduos podem ou devem consumir, transformando modos de vida<sup>5</sup>, e, o próprio capitalismo, constantemente, compelido, a ampliar e/ou deslocar sua exploração, a fim de garantir sua longevidade ou sua própria existência, conforme explica Bauman (2010, p. 29), “Na verdade, o que acontecia era uma transição da sociedade ‘sólida’ de produtores para uma sociedade ‘liquida’ de consumidores. A fonte primária da acumulação capitalista se transferia da indústria para o mercado de consumo.”

O capitalismo de consumo pode ser dividido em 03 (três) fases, conforme demonstra o filósofo francês Gilles *Lipovetsky* (2007). A *primeira fase* - iniciada por volta dos anos 1880, avança até a segunda Guerra Mundial -, período da produção de consumo de massa, os pequenos mercados locais são substituídos por grandes mercados nacionais; da invenção do *marketing*; da construção e sedução do consumidor moderno. Tal fenômeno foi possibilitado pelos investimentos em infraestruturas de transportes, comunicação e

---

5 Na década de 1920, quando iminente transformação da sociedade de produtores em sociedade de consumidores, havia notado: a corrida aos inúmeros salões de beleza nasce, em parte, de preocupações existenciais, e o uso de cosméticos nem sempre é um luxo. Por medo de caírem em desuso como obsoletos, senhoras e cavalheiros tingem o cabelo, enquanto quarentões praticam esportes para se manterem esguios. “Como posso ficar bela?”, indaga o título de um folheto recém-lançado no mercado; os anúncios de jornal dizem que ele apresenta maneiras de “permanecer jovem e bonita agora e para sempre?”. Os hábitos emergentes espalharam como fogo na floresta, até se transformarem em rotina diária (ou pelo menos em um sonho) por todo o planeta (BAUMAN, 2008b, p. 13-14).

máquinas utilizadas pelo sistema de produção, permitindo regularidades, volumes e velocidade dos transportes, tanto de matéria-prima para as fábricas quanto o escoamento da produção para as grandes cidades. Lipovetsky (2007, p. 31) nomeia esse processo de “democratização do desejo”, uma vez que os grandes mercados revolucionaram a relação indivíduo-consumo, passando a estimular o desejo de consumir, para além das necessidades, desculpabilizando o ato de compra e o gosto pelas novidades, em busca da felicidade, e sintetiza bem em que consistiu essa primeira fase:

Impressionar a imaginação, despertar o desejo, apresentar a compra como um prazer, os grandes magazines foram, com a publicidade, os principais instrumentos da elevação do consumo a arte de viver e emblema da felicidade moderna. Enquanto os grandes magazines trabalhavam em desculpabilizar o ato de compra, o *shopping*, o “olhar vitrines” tornaram-se uma maneira de ocupar o tempo, um estímulo de vida das classes médias. A fase I inventou o consumo-sedução, o consumo-distração de que somos herdeiros fiéis (LIPOVETSKY, 2007, p. 31).

E Bauman (2008b) nomeia esse momento de “desejo de segurança”, assentado no desejo humano de um ambiente ordenado, confiável, duradouro e seguro; sentimento reverberado, também, na produção de bens mais duráveis, sólidos e resistentes. Nesse período, o consumo refletia riqueza e *status* social: “Os produtos eram tão duradouros quanto se desejava e esperava fosse a posição social, herdada ou adquirida, que representavam. Tudo isso fazia sentido na sociedade sólido-moderna de produtores” (BAUMAN, 2008b, p. 44).

A segunda fase, começa por volta de 1950 e se consolida ao longo das três décadas seguintes, o chamado período áureo do capitalismo keynesiano<sup>6</sup>, é descrito por Lipovetsky (2007, p. 32) como o mais puro modelo da “sociedade de consumo de massa” ou “sociedade da abundância”. Nesse momento, os produtos duráveis são colocados à disposição de todos, ou de quase todos, corolário do excepcional crescimento econômico, aumento do nível de produtividade de trabalho e extensão fordista<sup>7</sup> da economia. Ocorre a revolução comercial e são formuladas novas estratégias de *marketing* – cultivadoras de desejos e sonhos de felicidade - segmentando o mercado, apoiado em estudos demográficos e socioculturais; políticas de diversificação e redução do tempo de vida dos produtos, gerando aumento de *lixo* - um dos maiores e de

6 Consiste numa organização político-econômica ancorada na asserção do Estado como agente obrigatório de controle da economia.

7 Economia da variedade e da reatividade, na qual o tempo, a inovação e a renovação dos produtos tornaram-se critérios de competitividade das empresas; a distribuição, o *marketing* e a comunicação tornaram-se instrumentos com finalidade de conquista de mercados; passa-se da economia centrada na oferta a uma economia centrada na procura; substitui a empresa orientada para o produto pela empresa orientada para o mercado e o consumidor. As palavras-chaves nas organizações industriais passam a ser: especialização, padronização, repetitividade, elevação dos volumes de produção. (LIPOVETSKY, 2007, p. 12 e 33).

mais difícil solução problema causado pelo homem sobre o meio ambiente. A sociedade é conduzida pela ideia de progresso como sinônimo de melhoria das condições de vida, interligando felicidade a um cotidiano confortável, em função dos objetos de consumo renováveis pela mudança de modelos, estilos, moda, crédito e sedução publicitária. O crédito é facilitado e estimulado pelo *marketing* a fim de comprar as maravilhas da terra da abundância, de corporificar desejos sem demora. É uma época de criação de necessidades artificiais, estimulado por tentações onipresentes, como analisa, quase descritivamente, Lipovetsky:

A fase II é aquela em que se esboroam com grande rapidez as antigas resistências culturais às frivolidades da vida material mercantil. [...] Sob um dilúvio de signos leves, frívolos, hedonistas, a fase II se empenhou de deslegitimar as normas vitorianas, os ideais sacrificiais, os imperativos rigoristas em benefício dos gozos privados. [...] Entre 1952 e 1972, o investimento publicitário francês é multiplicado pelo menos por cinco; de 1952 a 1973, as despesas publicitárias americanas são multiplicadas por três. No começo dos anos 1960, enquanto a publicidade ganha novos espaços, uma família americana já está sujeita a cerca de 1500 mensagens por dia (LIPOVETSKY, 2007, p. 35-36).

O tempo do “desejo de satisfação”, é como Bauman (2008b) denomina esse momento marcado por um volume e uma intensidade de desejos crescentes, associados com a urgência e o imperativo de sempre procurar mercadorias para se satisfazer, desenvolvendo o ciclo: “Novas necessidades exigem novas mercadorias, que por sua vez exigem novas necessidades e desejos; o advento do consumismo augura uma era de ‘obsolescência embutida’ dos bens oferecidos no mercado e assinala um aumento espetacular na indústria da remoção do lixo” (BAUMAN, 2008b, p. 45).

A terceira fase do capitalismo de consumo, ainda conforme *Lipovetsky* (2007), é caracterizada pelo hiperconsumo, isto é, a ampliação e a potencialização da mentalidade de consumo das fases anteriores, abarcando espaços até então não mercantilizados, tais como, família, escola, ética, meio ambiente. Conquanto as satisfações sociais não desapareçam, a busca da felicidade privada é a motivação principal. Trata-se da emergência de novos tipos de consumo, subjetivo, emocional ou experimental; voltados para a satisfação do eu. Há imprevisibilidade e volatilidade dos consumidores, decorrentes das individualidades, revelando uma nova relação emocional *indivíduo-consumo*, quando experiências emocionais valem por si mesmas, tais como: mudar de ares; renovar prazeres; experiências sensitivas, estéticas, sexuais, comunicacionais e lúdicas; aproveitar a vida e o conforto dos produtos mercantis. Em síntese, fruir da felicidade, aqui e agora, alimentado pela busca da juventude eterna, como resume *Lipovetsky*:

A fase III é o momento em que o valor distrativo prevalece sobre o valor honorífico, a conservação de si, sobre a comparação provocan-

te, o conforto sensitivo, sobre a exibição dos signos ostensivos. [...] A fase III significa a nova relação emocional dos indivíduos com as mercadorias, instituindo o primado do que se sente, a mudança da significação social e individual do universo consumidor que acompanha o impulso de individualização de nossas sociedades (LIPOVETSKY, 2007, p. 43 e 46).

Na sociedade de hiperconsumo, potencializam-se a produção, a publicidade, o consumo, os sonhos, as sensações, os desejos, assim como, o descarte, o desapego, o lixo e, conseqüentemente, a poluição. Bauman (2008b) entende esse ciclo por “desejo de inovação”, calcado na *vida agorista*, da necessidade de descartar e substituir, para uma nova e inexplorada oportunidade de felicidade. Aqui, as ferramentas que falharam devem ser abandonadas, substituídas:

Assim, quando os objetos dos desejos de ontem e os antigos investimentos da esperança quebram a promessa e deixam de proporcionar a esperada satisfação instantânea e completa, eles devem ser abandonados – junto com os relacionamentos que proporcionaram um “bang” não tão “big” quanto se esperava. [...] Na cultura “agorista”, querer que o tempo pare é sintoma de estupidez, preguiça ou inépcia. Também é crime passível de punição (BAUMAN, 2008b, p. 51).

A sociedade de hiperconsumo prospera enquanto consegue imortalizar as frustrações dos desejos, pois, do contrário, a demanda de consumo logo se esgotaria e a economia voltada para o consumidor ficaria sem combustível. Essa prosperidade hiperconsumista, só é possível em um ambiente líquido-moderno<sup>8</sup>.

A cultura hiperconsumista reforça a escolha de um estilo de vida, por parte dos indivíduos, com estratégias existenciais consumistas, refletida ou irrefletida, mas, como única escolha aprovada de maneira incondicional – uma condição de afiliação, de “inclusão”. O hiperconsumidor anseia revelar-se como indivíduo singular por meio do estilo de vida e dos bens que consome. Os pobres gastam o pouco dinheiro que possuem com objetos de consumo que não atendem diretamente suas necessidades básicas, tão somente com o intuito de evitar uma ainda maior humilhação social (BAUMAN, 2008b, p. 74). Isso, porque, na era do hiperconsumidor, todos aqueles que não dispõem de condições de se inserirem no mercado de consumo passam a ser considerados como fracassados, como subclasse, excluídos sociais, enquadrados nas estatísticas como pessoas abaixo da linha de pobreza (Idem, p. 85).

Para Bauman (2008a), essa sociedade de hiperconsumo é fruto do desequilíbrio entre desejos e capacidades, potencializando a ambivalência:

---

8 Esse ambiente tem como característica a desregulamentação e desrotinização da conduta humana, já em estágio avançado, diretamente relacionadas ao enfraquecimento e/ou fragmentação dos vínculos humanos – com frequência referidos como “individualização” (BAUMAN, 2008b, p. 66).

A estratégia moderna de combater a ambivalência só poderia ser aplicada com alguma chance de sucesso se as necessidades/carências/desejos tivessem papel secundário na “possibilidade objetiva” de satisfazê-las. Essa estratégia ainda é aplicada hoje – mas unicamente para as “classes baixas”, os “novos-pobres”, “os receptores do bem-estar” – às pessoas que de comum acordo são incapazes de controlar o conflito endêmico entre suas carências e suas capacidades (BAUMAN, 2008a, p. 91).

O mercado de consumo é imperante, haja vista que tem influência direta no estabelecimento social de todos os seus três níveis analíticos - formação identitária, integração social e reprodução sistêmica -, promovendo a não-inclusão, a exclusão e a *subintegração*<sup>9</sup>. O Estado perdeu seu monopólio da coerção, assim como, sua essência legislativa de harmonizar e ordenar o “eu posso” e “eu quero”, deixando o “princípio do desejo” livre, subordinado ao código da economia (ter/não ter), atravancando a efetivação de direitos fundamentais, tais como, proteção ambiental e justiça social como bases da vida em oposição ao consumo imposto como sua meta.

## O Hiperconsumo e Seus Impactos Ambientais e Sociais

O hiperconsumo, fruto dos desejos, é fato gerador de enormes danos ao meio ambiente, pois, para atender ao frenesi consumista, necessário se faz imprimir um ritmo cada vez mais intenso e contínuo de produção. Esse ritmo de hiperprodução, além de impactar destrutivamente o meio ambiente, fonte de matérias-primas e de recursos naturais finitos; promove, também, cenários de degradação ambiental, derivado de resíduos industriais, contaminações tóxicas, lixos em grandes quantidades, poluição do ar e das águas.

Essa sociedade do hiperconsumo, derivada da hipertrofia do sistema econômico capitalista, sobretudo nessa atual conjuntura da globalização neoliberal - da lógica do lucro e acumulações ilimitadas -, que busca materializar a felicidade no ato de consumo, acarreta, além, de dano ambiental, mais distanciamentos econômico e social; caracterizando cenários de injustiças ambiental e social. As populações mais empobrecidas, que não são beneficiadas com os modelos de crescimento econômico hegemônicos, consomem menos e geram menos lixo, no entanto, são as que mais diretamente suportam as externalidades negativas decorrente do processo produtivo. A lógica econômica dominante mascara a ausência de equidade na distribuição de tais externalidades, ocasionando, o que Vandana Shiva (2004, p. 163-183) denomina, *apartheid ambiental global*. A insegurança – social, econômica e política –, das camadas

9 Nesse sentido: “... as camadas sociais subalternas, ‘marginalizadas’ em diferentes níveis e aspectos (quer dizer, a maioria da população), tornam-se integradas no sistema como devedores, réus etc., não como detentores de direitos, autores no processo etc., embora eles sejam, de fato, dependentes do sistema, não têm acesso (no sentido positivo) a suas prestações (exclusão – cf. pp. 109-10 e Cap. V.1.3)” (NEVES, 2020, p. 132-133).



mais desfavorecidas da população, faz com que recaiam sobre elas, diretamente, os riscos e consequências desse modelo de crescimento econômico concentracionista reinante na contemporaneidade.

Essa não-inclusão ou impedimento ostensivo à inclusão dos *subintegrados* alimenta a estrutura de privilégios de que gozam os *sobreintegrados*, retroalimentando o círculo vicioso de instrumentalização do direito pela política e de cooptação da política pelo sistema econômico. Constata-se que o fenômeno consumista autoriza entender o capitalismo como sistema social e a esse entendimento Baggio assegura que: “um dos grandes feitos da lógica desse sistema econômico de acumulação foi o de ter transformado o consumo em uma prática antropológica de encontro da felicidade e do prazer, o que reforça a ideia do capitalismo como sistema também social” (BAGGIO, 2008, p. 27).

A partir dessa percepção do capitalismo como sistema social, clarividente fica, que, a globalização econômica neoliberal faz com que os mercados usurpam a soberania dos Estados - açoitando o contrato social -, colonizando o mundo da vida, aumentando a *subintegração*. Essa lógica econômica dominante evidencia os sentimentos de não pertencimento e de insegurança, potencializando, o que Boaventura de Sousa Santos (2010, p. 333-334) denomina fascismo social - fascismo do *apartheid social*.

Essa crise do Estado Moderno, mediada pelo mercado consumista, determina, para Bauman (1999, p. 25), a privatização e manutenção da ambivalência<sup>10</sup>, cenário no qual os indivíduos devem enfrentar sozinhos suas desilusões, no curso dos seus esforços autoconstrutivos pessoais e na busca da aprovação social. A ambivalência, ativista das desilusões, governa a modernidade líquida - do hiperconsumo -, além de ser uma formidável agente do “progresso” – “fé no progresso”, promessa moderna, hoje, em crise. Esse é um fenômeno observado até no discurso de Ratzinger (Papa Bento XVI), no dia 8 de maio de 2011, na sua visita pastoral à cidade italiana de Veneza, descrito por Assunção:

No entanto, Ratzinger mostra que a fé no progresso e, consequentemente, a fé na ciência e na técnica, entraram hoje em crise. Ele mostra que a ciência “... não pode tratar adequadamente a dimensão da liberdade, ou seja, aquilo que há de propriamente humano no homem e nas suas formações sociais” (RATZINGER, 1993, p. 60). Ou seja, a desilusão com ambas reflete “[...] a dúvida da modernidade sobre si mesma...” (ASSUNÇÃO, 2017, p. 120-121).

A potencialização e privatização da ambivalência e a usurpação da soberania do Estado, pelo mercado/capital, levam a humanidade a descaminhos ambientais, sociais e ao vazio espiritual da contemporaneidade líquida. O “Estado jardineiro” (BAUMAN, 1999, p. 25), a fé na ciência -manipuladora da natureza - e no progresso não conseguiram realizar suas tarefas de trazer

10 O mercado mantém a ambivalência viva, que mantém o mercado vivo (BAUMAN, 2008a, p. 94).

a felicidade prometida. Tendo-se diluído essa promessa, o que restou ao indivíduo? Ele mesmo e só. Desiludido, lutando em um mundo caótico, sem identidades definidas. A atual infelicidade, para Bauman (1999, p. 247), é a percepção de que as promessas da modernidade não acontecerão, de que a esperança não se realizará e, que, portanto, é preciso aprender a viver sem a esperança que dava sentido – o único sentido – à vida. Observa-se, pois, de fato, que a felicidade proporcionada pelo hiperconsumo é paradoxal, como bem destaca Lipovetsky:

De um lado, a sociedade de hiperconsumo exalta os referenciais do maior bem-estar, da harmonia e do equilíbrio; do outro, ela se apresenta como um sistema hipertrófico e incontrolado, uma ordem bulímica que leva ao extremo e ao caos e que vê coabitar a opulência com a amplificação das desigualdades e do subconsumo. As mazelas são duplas: dizem respeito tanto à ordem subjetiva das existências quanto ao ideal de justiça social. É assim que a era da felicidade paradoxal exige soluções, elas próprias paradoxais (LIPOVETSKY, 2007, p. 19).

Trata-se de uma felicidade momentânea, egoísta, ilusória, porque desprovida de princípios éticos de justiça ambiental e social. É por isso que a felicidade proporcionada pelo hiperconsumo, tão efêmera, não consegue superar a desilusão decorrente de uma existência estritamente individualista e submetida a uma *cultura de consumo*. “A sociedade de hiperconsumo é aquela em que as insatisfações crescem mais depressa que as ofertas de felicidade. Consome-se mais, mas vive-se menos; quanto mais explodem os apetites de aquisição, mais se aprofundam os descontentamentos individuais” (LIPOVETSKY, 2007, p. 158), e isso gera consequências, sequelas individuais e sociais, como a exasperação das desigualdades, extrema pobreza. O capitalismo mata a sua própria fonte, sejam as que geram a riqueza – trabalho e bens naturais –, seja a que sustenta o modelo de desenvolvimento direcionado para o consumo.

A identificação consciente de sentimentos de “desapontamento, desilusão, desencanto, tédio” (LIPOVETSKY, 2007, p. 158) com essa vida de consumo pode se converter em formas de superação desse modelo de *desenvolvimento* hegemônico que se sustenta na exasperação do consumo e na concentração das riquezas.

Assim, Bauman (1999, p. 249), Bento XVI (2007) e Francisco (2015 e 2020) propõem, respectivamente, solidariedade, esperança, consciencialização e fraternidade para a transformação, a fim de resgatar a humanidade do estado de desilusão.

## **Proteção Ambiental: Função Social e Combate à Desilusão com a Vida para Consumo**

A supremacia do mercado de bens de consumo, no atual estágio do ca-

pitalismo de hiperconsumo, assim como a lógica neoliberal que controla a perspectiva econômico-financeira do mercado, controlam a soberania dos Estados e seu poder político. Tanto o poder do mercado quanto o poder político utilizam o discurso do *desenvolvimento sustentável* como modelo político ideal a ser atingido. No entanto, a usurpação do poder político pelo mercado permite entender que a dimensão socioambiental, presente na concepção do conceito de desenvolvimento sustentável, seja posto em um plano secundário. Em sua essência, o conceito de desenvolvimento sustentável<sup>11</sup> é articulado com desenvolvimento, proteção ambiental e justiça social:

O conceito de desenvolvimento sustentável é aquele que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer suas próprias necessidades. Ele contém dois conceitos-chave: o conceito de necessidades, sobretudo as necessidades essenciais dos pobres do mundo, que devem receber a máxima prioridade; a noção das limitações que o estágio da tecnologia e da organização social impõe ao meio ambiente, impedindo-o de atender as necessidades presentes e futuras (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1991, p. 46-47).

No cerne do conceito, há uma ligação importante entre proteção ambiental e justiça social. Assim como, as crescentes injustiças ambientais e sociais da era do capitalismo de hiperconsumo comprovam que o poder político - enquanto mera estratégia de engenharia social - está em consonância com o mercado e, em sua perspectiva neoliberal, com concepções de Estado mínimo, promotor das constantes violações de direitos humanos, ocasionando um sentimento de vazio associado a sensação de desamparo e fragilidade.

No processo da Constituição brasileira de 1988, no título dedicado à ordem social, com objetivo expresso de assegurar “o bem-estar e a justiça sociais”, o *meio ambiente* foi tratado como categoria de bem jurídico fundamental. Com isso, classificou-se o meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo, sendo o mesmo essencial à sadia qualidade de vida, nos termos do artigo 225<sup>12</sup>. Também, a proteção ao meio ambiente está inserida na Constituição no âmbito da ordem econômica<sup>13</sup>, confirmando a es-

11 Formulado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas no Relatório Brundtland (1987), no documento intitulado Nosso Futuro Comum.

12 Constituição brasileira de 1988 – “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.”

13 Constituição brasileira de 1988 – “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

treita ligação entre desenvolvimento e a proteção ambiental. E é perceptível o caráter solidário e universal dessa proteção, em conformidade com a construção do pensamento humanista.

O direito ao desenvolvimento sustentável e à proteção ambiental precisa ser uma causa tão comum que deveria ser unificadora das maiores preocupações de toda a humanidade, para que não se esgote a “mãe natureza”, a “casa comum”<sup>14</sup> (FRANCISCO, 2015). Os desafios norteadores das ações humanas derivadas das *pré-ocupações* comuns de combater as injustiças ambiental e social, geradas pelo modelo do hiperconsumo e, conseqüentemente, com a configuração de um novo modelo de Estado de Direito direcionado ao desenvolvimento sustentável e à proteção ambiental, passam a assumir um lugar de destaque entre a comunidade política (estatal e não estatal). O contexto atual gerado pelo modelo consumista em esgotamento é de pobreza, pobreza extrema e miséria, de um lado, e de concentração e extrema riqueza, de outro, e, no meio está a degradação ambiental. O Papa Francisco, como líder religioso é o grande líder político da atualidade que constata, na forma de uma razão da atuação da política e do direito: “Hoje, não podemos deixar de reconhecer que uma verdadeira abordagem ecológica sempre se torna uma abordagem social, que deve integrar a justiça nos debates sobre o meio ambiente, para ouvir tanto o clamor da terra como o clamor dos pobres” (FRANCISCO, 2015, pg. 39).

O crescimento econômico deve estar orientado para a proteção integral e irrestrita do meio ambiente – natural, artificial, cultural e laboral –, para o presente e o futuro. Contudo, para sua efetividade, requer a construção de diálogos e ações, voltados para a busca da solidariedade, da esperança, da consciencialização e da fraternidade, diretrizes importantes na construção de uma sociedade justa, equilibrada, saudável. Busca-se, por conseguinte, limitar os desejos “do” e “pelo” consumo, e, estimular a integração com a natureza, em busca de um novo sentido e estilo de vida, condizente com um bem viver possível e necessário, de um indivíduo adequadamente protegido.

A proteção ambiental, ancorada no direito socioambiental é, portanto, o principal instrumento jurídico que a sociedade dispõe para enfrentar o usurpado poder soberano do mercado na era do hiperconsumo; e resgatar a esperança de um Estado de direito forte, independente, protagonista na promoção das justiças ambiental e social alinhadas aos direitos humanos fundamentais, movido por um ideário de construir superações ao desenvolvimento consumista e concentracionista.

## Considerações Finais

O luxo e a saturação de poucos são construídos sobre a espoliação dos *subintegrados* (NEVES, 2018). Esse é o resultado de um modelo de desenvolvi-

---

14 Carta Encíclica *Laudato Si* do Papa Francisco sobre o cuidado com a terra como casa comum.

mento hegemônico do capitalismo de hiperconsumo, que impede cidadãos e fomenta consumidores; que transforma bens naturais em *commodities*; que estanca processos de inclusão, tudo com o objetivo de potencializar o acúmulo de riquezas dos *sobreintegrados* (NEVES, 2018).

O hiperconsumo caracterizado pela busca constante por realizações de desejos efêmeros e pela felicidade material geram desapontamentos, desilusões e desencantos. Nenhuma felicidade segue duradoura sendo conquistada à custa de injustiças ambiental e social. O ilusionismo consumista precisa ser desconstruído porque submete o ser humano a converter sua essência em força de trabalho para sustentar o consumo dominante.

A proteção ambiental realizada como função social de proteção à vida na casa comum é incompatível com o modelo de *vida para consumo*. Por essa razão, a solução aponta para a afirmação de alternativas ao modelo de desenvolvimento hegemônico, baseadas em uma proposta de *desenvolvimento sustentável* articulado com proteção ambiental e justiça social; com a elaboração de projetos de vida, ou seja, em formas diferentes de produzir, distribuir e relacionar, em torno de um diálogo de saberes, de uma integração social, fundamentada na solidariedade, esperança, consciencialização e fraternidade; e, ainda, estrategicamente focado na preservação da vida como objetivo central, incluindo homens, mulheres, *subintegrados* e natureza, resgatando as diversidades e aprendendo a ter cuidado com a casa comum.

O mundo precisa de uma racionalidade ambiental capaz de desconstruir a racionalidade sistêmica e construir pontes fraternas no mundo da vida. Os níveis de degradação ambiental e de concentração da riqueza só poderão gerar uma única solução satisfatória para a humanidade: a degradação do próprio modelo de desenvolvimento que substituiu o protagonismo da força de trabalho pela sociedade do hiperconsumo sustentadora do concentracionismo.

A proteção ambiental está suficientemente sustentada, filosófica e juridicamente, e encontra um alto nível de consenso em torno da sua finalidade social, o tempo agora é da atuação política que a realize como *direito como efetividade* (SIQUEIRA, 2016) e a concretize na forma de um modelo desenvolvimento sustentável que liberte a vida escravizada pelo consumo.

## Referências

ASSUNÇÃO, Rudy Albino de. Joseph Ratzinger - Bento XVI Contra a modernidade líquida: uma interlocução com o pensamento de Zygmunt Bauman. **Revista Coletânea**, v. 16, n. 31, p. 117-129, jan. /jun. 2017. Disponível em: <http://www.revistacoletanea.com.br>. Acesso em: 19 de maio de 2019.

BAGGIO, Roberta Camineiro. **Justiça ambiental entre redistribuição e reconhecimento**: a necessária democratização da proteção da natureza. Tese Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/91246/265543.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. (Tradução Marcus Penchel).

Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

\_\_\_\_\_. **Modernidade líquida.** (Tradução Plínio Dentzien). Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

\_\_\_\_\_. **A sociedade individualizada:** vidas contadas e histórias vividas. (Tradução José Gradel). Rio de Janeiro: Zahar, 2008a.

\_\_\_\_\_. **Vida para consumo:** a transformação das pessoas em mercadorias. (Tradução Carlos Alberto Medeiros). Rio de Janeiro: Zahar, 2008b.

\_\_\_\_\_. **Capitalismo parasitário.** (Tradução Eliana Aguiar). Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

\_\_\_\_\_. **A riqueza de poucos beneficia todos nós?** (Tradução Renato Aguiar). 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

BENTO XVI. **Carta Encíclica Spe Salvi.** Roma: Santa Sé, 2007. Disponível em: [http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/encyclicals/documents/hf\\_ben-xvi\\_enc\\_20071130\\_spe-salvi.pdf](http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20071130_spe-salvi.pdf) Acesso em: 20 de fevereiro de 2020.

BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade.** (Tradução Carlos Felipe Moisés, Ana Maria L. Ioriatti). São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum.** 2. ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

DILGER, Gerhard; PEREIRA FILHO, Jorge. Apresentação à edição brasileira. Ousar Pensar “fora da caixa”. *In:* DILGER, Gerhard. LANG, Miriam. PEREIRA FILHO, Jorge (Org.). **Descolonizar o Imaginário: debates sobre o pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento** (Tradução Igor Ojeda). São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, Editora Elefante, 2016.

FRANCISCO. **Carta Encíclica Laudato Si.** Roma: Santa Sé, 2015. Disponível em: [http://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20150524\\_enciclica-laudato-si.pdf](http://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.pdf) Acesso em: 1º de agosto de 2017.

FRANCISCO. **Carta Encíclica Fratelli Tutti.** Roma: Santa Sé, 2020. Disponível em: [http://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20201003\\_enciclica-fratelli-tutti.html](http://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html) Acesso em: 06 de novembro de 2020.

LANG, Miriam. Introdução. Alternativas ao desenvolvimento. *In:* DILGER, Gerhard. LANG, Miriam. PEREIRA FILHO, Jorge (Org.). **Descolonizar o Imaginário: debates sobre o pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento** (Tradução Igor Ojeda). São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, Editora Elefante, 2016.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal:** ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. (Tradução Maria Lucia Machado). São Paulo: Companhia da Letras, 2007.

NEVES, Marcelo. **Constituição e Direito na Modernidade Periférica:** uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro (Tradução do original

alemão Antônio Luz Costa; revisão técnico-jurídica, Edivaldo Moita; colaboração, Agnes Macedo). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo:** para uma nova cultura política. 3. ed., São Paulo: Cortez, 2010.

SHIVA, Vandana. O mundo no limite. *In:* HUTTON, Will; GIDDENS, Anthony (Orgs.). **No limite da racionalidade:** convivendo com o capitalismo global. Rio de Janeiro, Record, 2004, p.163-186.

SIQUEIRA, José do Carmo Alves. **Direito como efetividade e luta pela terra no Brasil** (Tese de doutorado em Direito, Estado e Constituição). Brasília: UnB, mimeo, 2016.

ZIEGLER, Jean. **Destruição em massa:** geopolítica da fome (Tradução José Paulo Netto). 1. ed., São Paulo: Cortez, 2013.

# DESLOCAMENTOS AMBIENTAIS POR AUMENTO DO NÍVEL DO MAR EM PORTUGAL: REFLEXÕES À LUZ DA RESPONSABILIDADE DE PROTEGER DO ESTADO

**Daniele Galvão de Sousa Santos**

Doutoranda em Direito pela Universidade de Coimbra, Mestra em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso, membro do Grupo de Pesquisas Jus-Clima da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso e da Latin American Climate Lawyers Initiative for Mobilizing Action

## **Resumo:**

A crise ecológica que assola o cenário global tem levado pessoas, ou mesmo comunidades inteiras, por vezes, e em escala cada vez mais elevada, a serem forçadas a deixar os seus locais de habitação de origem e cruzarem fronteiras, por insuficiência de meios para sobrevivência e existência com dignidade em termos de qualidade ambiental. A elevação do nível do mar é uma das várias facetas dessa crise e é já uma realidade factível para várias zonas costeiras ao redor do mundo, a exemplo de Portugal. A resposta que o Estado deve dar para garantir a segurança humana no contexto desses deslocamentos populacionais por razões ambientais perpassa pelo dever de proteção imposto pela responsabilidade de proteger, seja em sua dimensão preventiva, reativa ou reconstitutiva. Contudo, qual seria a proteção jurídica passível de ser conferida e de quais ferramentas o Estado pode valer-se para garantir proteção efetiva a esses deslocados ambientais?

**Palavras-chave:** Crise ecológica; Deslocados ambientais; Responsabilidade de proteger; Segurança humana; Proteção jurídica.

## **Introdução**

Os sucessivos sinais de exaustão que o meio ambiente tem demonstrado ao longo dos tempos evidenciam a urgente necessidade de se repensar o modo de apropriação humana sobre os recursos naturais e se rever as ações e decisões humanas sobre a natureza, especialmente, diante da fragilidade da existência da vida (em todas as suas formas) em um contexto de produção de riscos de magnitude global.

Esse cenário de crise ambiental que assola a comunidade global tem



despertado a atenção de estudiosos em diversos campos do conhecimento científico, na medida em que, com a prevista elevação da temperatura do planeta, se reconhece a subida do nível do mar como uma realidade emergente, que pode vir a desencadear, em frequência gradual, o deslocamento forçado de pessoas em busca de condições mínimas de sobrevivência e existência com dignidade. As previsões recentes nesse sentido colocam Portugal em estado de alerta.

Nesse contexto, é preciso repensar o papel do Estado, e oferecer uma releitura das disposições normativas existentes à luz da responsabilidade de proteger, de modo a oferecer tratamento adequado aos direitos humanos das pessoas sujeitas a deslocamentos ambientais, mediante medidas que previnam a ocorrência de eventos que ocasionem a migração forçada, mas, também, e, sobretudo, que forneça condições dignas para acolhimento dessas pessoas e lhes assegure proteção jurídica apropriada.

Isto esclarecido, embora se reconheça a lacuna de proteção legal que paira sobre as pessoas forçadas a se deslocar por razões ambientais, é importante ficar claro que, para além de se discutir sobre a necessidade de se introduzir mais uma disposição normativa no mundo jurídico, é preciso pensar na atuação do Estado para fazer valer o seu compromisso de proteger o meio ambiente e os direitos humanos e ter em mente mecanismos que assegurem a efetividade dessas medidas.

Diante desse contexto, a proposta deste breve estudo é trazer a lume a necessária reflexão acerca da proteção aos direitos humanos dos deslocados ambientais sob o prisma da responsabilidade de proteger do Estado, abordando os instrumentos jurídicos existentes e fornecendo uma interpretação que possa assegurar uma proteção mais efetiva.

## **Crise ecológica e subida do nível do mar: uma realidade factível**

O conhecimento científico disponível já demonstrou que o planeta, pelo seu desenvolvimento ao longo do tempo geológico, passou, passa e ainda passará, por sucessivas e significativas variações sobre o clima. Entretanto, é cada vez mais evidente que as alterações climáticas têm impactos generalizados sobre os sistemas humanos e naturais e que a influência humana nesse processo é clara, especialmente diante das excessivas emissões antrópicas de gases poluentes.

Nesse sentido, o relatório síntese mais recente do Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC - *Intergovernmental Panel on Climate Change*)<sup>1</sup>, o “Climate change 2014: synthesis report”<sup>2</sup>, aponta que as emissões antró-

1 Instituído pela Organização Meteorológica Mundial (OMM) e pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), o IPCC tem a função de analisar e avaliar as mais relevantes informações científicas, técnicas e socioeconômicas produzidas em todo mundo, com o objetivo de compreender as mudanças climáticas, seus impactos e riscos futuros, além de fornecer opções de adaptação e mitigação. *IPCC factsheet: what is the IPCC?* Disponível na internet: <<http://www.ipcc.ch/index.htm>>.

2 *Climate change 2014: synthesis report*. Disponível na internet: <<http://www.ipcc.ch/>>

picas de gases poluentes levaram a concentrações atmosféricas de dióxido de carbono, metano e óxido nítrico, a um nível sem precedentes nos últimos 800 mil anos.

Os estudos indicam que a temperatura da superfície terrestre está projetada para aumentar em todos os cenários de emissão avaliados. É *muito provável*<sup>3</sup> que ondas de calor ocorrerão com mais frequência e maior duração, e que eventos de precipitação extrema se tornarão mais intensos e frequentes em muitas regiões. Do mesmo modo, as águas do oceano continuarão a aquecer e a acidificar, e o nível do mar continuará a subir.

Todo esse contexto aponta para o inevitável reconhecimento da uma era geológica do Antropoceno<sup>4</sup>, na qual está instalada uma crise ecológica planetária, reflexo da interferência humana na natureza e nos ecossistemas terrestres, com potencial de produção de riscos de âmbito global, transfronteiriços e que se propagam no tempo<sup>5</sup>.

Embora seja de magnitude global, a crise ecológica tem efeitos locais muito particulares. Um dos efeitos da crise e exemplo disso é a elevação do nível do mar. Com efeito, as comunidades têm percepções distintas e serão afetadas de formas diferentes. Por óbvio, o impacto direto a ser sentido será nas comunidades que vivem em zonas costeiras, que precisarão, com urgência cada vez maior, tomar medidas para prevenção, adaptação e mitigação dos impactos negativos em seus modos de vida.

Em Portugal, os efeitos a serem sofridos com a subida do nível do mar representam já uma realidade factível. Deveras, Portugal tem uma zona costeira de, aproximadamente, 1.853 quilômetros de extensão, cuja amplitude constitui uma vasta área dinâmica, complexa e de elevada sensibilidade ambiental<sup>6</sup>, a colocar o país em estado de alerta, no que diz respeito ao problema da elevação do nível dos oceanos.

Os estudos apontam que até 2050, se o nível do mar subir uma média de um metro, cerca de 146 mil pessoas que vivem na zona costeira serão afetadas em 11 concelhos e distritos de Portugal continental<sup>7</sup>. Essa realidade

---

pdf/assessment-report/ar5/syr/SYR\_AR5\_SPMcorr2.pdf>.

3 No Relatório Síntese, a certeza das principais conclusões de avaliação é expressa como um nível qualitativo de confiança (de muito baixa e muito alta) e, quando possível, probabilisticamente com uma verossimilhança quantificada (de excepcionalmente improvável a praticamente certo). Nesses termos, o indicativo *praticamente certo* revela 99-100% de probabilidade, *extremamente provável* 95-100%, *muito provável* 90-100%, *provável* 66-100%, *tão provável quanto não* 33-66%, *improvável* 0-33%, *muito improvável* 0-10%, *excepcionalmente improvável* 0-1%.

4 CRUTZEN, Paul Jozef. “Geology of mankind”, *Nature*, vol. 415, jan. 2002, p. 23. Disponível na internet: <<https://www.nature.com/articles/415023a.pdf>>.

5 Uma referência à sociedade de risco de Ulrich Beck, em *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.

6 CORREIA, Fernando Alves; MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudo sobre os regimes jurídicos das zonas costeiras da Região Autónoma dos Açores*. Coimbra: Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente e Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. p. 09.

7 Disponível na internet: <<https://leitor.expresso.pt/semanario/semanario2430/>>

emergente está associada a um problema sensível no cenário internacional: o do deslocamento forçado de pessoas por motivos ambientais.

Em relatório publicado em 2010<sup>8</sup> pela International Organization for Migration (IOM) e pelo Institute for Sustainable Development and International Relations (IDDRI), o “The State of Environmental Migration 2010”, já se era alertada a emergência dos deslocamentos por eventos naturais, tendo o relatório constatado que em 2010, mais de 42 milhões de pessoas foram forçadas a se deslocar devido a desastres ambientais, o que representa mais do que a combinação do número global de refugiados e pessoas deslocadas internamente.

O relatório seguiu como uma publicação periódica da IOM e do IDDRI, atualmente em parceria com a Presses Universitaires de Liège. A publicação mais recente, “The State of Environmental Migration 2018”<sup>9</sup> aponta que essa realidade de migrações ambientais forçadas segue constante e gradualmente alarmante.

Como se nota, a quantidade de deslocados ambientais tem aumentado exponencialmente nos últimos tempos, diante da crescente e cada vez mais recorrente ocorrência de desastres ambientais, sejam eles naturais ou consequência de ações humanas, que impedem a permanência da população no seu local de habitação de origem.

Nesse ponto, é importante esclarecer que a ideia de deslocamento populacional por motivos ambientais adotada neste trabalho parte da definição de *environmentally displaced persons*<sup>10</sup> proposta por Isabel Borges, com a ressalva de que, este é um conceito complexo e dinâmico, em constante aprimoramento para buscar abarcar a maior quantidade de fatores possíveis que levam essas pessoas a deixar o seu local de habitação de origem por motivos relacionados a eventos da natureza, e, com isso, oferecer-lhes adequada proteção jurídica.

Dessa forma, não há como se pensar na questão dos deslocados ambientais numa perspectiva míope, assim como não há como se abordar a complexidade das mudanças climáticas numa perspectiva apartada dos inúmeros fatores que a circundam.

É sob tal enfoque que o tema passa a ser uma preocupação emergente da comunidade internacional, como premente demanda a ser inserida no cenário jurídico-político global do processo de tomada de decisões humanas.

Nesse contexto, o debate já não deve se centrar mais na causalidade, isto é, no que impulsiona o deslocamento forçado desses grupos populacionais. Ao revés, o foco deveria centrar-se nos direitos dos deslocados ambientais e, entre outras coisas, nas obrigações de proteção dos Estados, explorando a (re)

---

[html/primeiro-caderno/ambiente/subida-do-mar-ameaca-150-mil-portugueses](http://primeiro-caderno/ambiente/subida-do-mar-ameaca-150-mil-portugueses)>.

8 Disponível na internet: <<https://publications.iom.int/books/state-environmental-migration-2010>>.

9 Disponível na internet: <[https://www.hugo.uliege.be/cms/c\\_4655142/en/latest-publication-the-state-of-environmental-migration-2018](https://www.hugo.uliege.be/cms/c_4655142/en/latest-publication-the-state-of-environmental-migration-2018)>.

10 BORGES, Isabel Mota. *Environmental change, forced displacement and international law. From legal protection gaps to protection solutions*. Oxon; New York: Routledge, 2019. p. 40.

interpretação ou revisão das atuais estruturas de proteção internacional para esse efeito de uma forma proactiva e reativa<sup>11</sup>.

É preciso, portanto, pensar nas necessidades de proteção e segurança da pessoa humana, diante dos desafios impostos pela migração forçada devido a eventos ambientais e, nesse sentido, apresentar soluções efetivas e respostas concretas que possam, de algum modo, conferir proteção jurídica aos deslocados ambientais. É nessa conjuntura que o sistema terrestre passa a ser compreendido como uma dimensão da responsabilidade de proteger dos Estados.

## O sistema terrestre como responsabilidade de proteger do Estado

A responsabilidade de proteger ou R2P<sup>12</sup> é um conceito que começou a tomar forma em um contexto de assistência humanitária em cenários de guerra e atrocidades massivas contra populações civis, como forma de sensibilização da comunidade internacional para a necessária proteção da pessoa humana, tanto em uma dimensão preventiva, quanto reativa e reconstrutiva<sup>13</sup>.

O conceito foi assumido formalmente nas relações internacionais em 2005, por ocasião da 60ª Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas e consolidado em 2009 na 63ª Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas no Relatório<sup>14</sup> do Secretário-Geral, que contém os três pilares para implementação da responsabilidade de proteger: a) *the protection responsibilities of the State*, consistente na responsabilidade do Estado para com seu próprio povo (pilar um); b) *international assistance and capacity-building*, referente à responsabilidade de outros Estados em prestar assistência diante da falta de capacidade de protegê-lo (pilar dois); e c) *timely and decisive response*, que compreende a responsabilidade da comunidade internacional agir oportuna e decisivamente (pilar três)<sup>15</sup>.

Nessa formulação, há uma significativa mudança do paradigma clássico de soberania<sup>16</sup>, a qual passa a ser compreendida como responsabilidade dos Estados, impondo-lhes obrigações não apenas perante a comunidade internacional, mas, sobretudo, para com o seu próprio povo.

Essa mudança de paradigma da soberania não representa, contudo, a abolição do conceito dominante de soberania. Pelo contrário, vem a acrescentar e “compatibiliza essa soberania westphaliana com a proteção do indivíduo e dos povos – com os direitos humanos e humanitário – e com a

11 *Ibidem*, p. 32.

12 Abreviação de “Responsibility to protect”, expressão originária em língua inglesa.

13 *The responsibility to protect*, Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, 2001. Disponível na internet: <<http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>>.

14 Disponível na internet: <<https://undocs.org/A/63/677>>.

15 EVANS, Gareth. *Responsibility to protect: ten years on*, 2015. Disponível na internet: <[https://www.g-l-f.org/site/g\\_l\\_f/assets/pdf/evans\\_-\\_responsibility\\_to\\_protect\\_-\\_ten\\_years\\_on.pdf](https://www.g-l-f.org/site/g_l_f/assets/pdf/evans_-_responsibility_to_protect_-_ten_years_on.pdf)>.

16 Disponível na internet: <<http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>>.

segurança humana”<sup>17</sup>. O impacto crescente das normas internacionais de direitos humanos e da percepção da segurança humana no cenário internacional representam argumentos para reforçar a compreensão da soberania nesses termos<sup>18</sup>.

A relevância da segurança humana, nesse contexto, decorre da sua releitura para passar a ser compreendida como objetivo essencial da responsabilidade de proteger, pela ótica da prevenção, reação e reconstrução, a reclamar dos Estados que a sua atuação seja ampliada para o “quadro de um multilateralismo cooperativo”, no qual “a concepção e a execução das estratégias de segurança deixam de ser tarefa exclusiva dos Estados para serem assumidas por outros actores”<sup>19</sup>.

Isso é reflexo dos vários domínios que a segurança humana abarca: pessoal, ambiental, alimentar, econômico, sanitário, ambiental, político e militar. Nessa perspectiva, assegurar a segurança humana requer um compromisso não apenas dos Estados isolados, mas também da comunidade internacional, sobretudo diante da sua complexidade e dos vários fatores a si agregados. E o contexto do compromisso global de proteção do ambiente bem permite visualizar essa abordagem integrativa da responsabilidade de proteger.

É nesse sentido que, para Alexandra Aragão, a responsabilidade de proteger ganhou um objeto jurídico emergente diante do cenário da crise ecológica instalada no Antropoceno e, nessa ótica, o sistema terrestre passa a ser compreendido como um viés da responsabilidade de proteger<sup>20</sup>.

A elevação crescente da capacidade de interferência nos sistemas planetários provocada pelo poder destrutivo da ação humana na natureza, exige, nos dizeres de Alexandra Aragão, “uma mudança de paradigma tanto no direito ambiental como na responsabilidade dos Estados”, de modo que “uma responsabilidade interna e quando muito transfronteiriça evolui para uma responsabilidade global e planetária”<sup>21</sup>.

De facto, pelos contornos da responsabilidade de proteger, os Estados, exatamente porque são soberanos, têm o dever de assegurar efetiva proteção a suas populações não apenas em um contexto de atrocidade massiva, mas também do perigo à segurança humana que possa vir a ser ocasionado por catástrofes ambientais, sejam elas naturais ou causadas por ação humana<sup>22</sup>.

Assim, desenhar o sistema terrestre como um novo compromisso da responsabilidade de proteger implica conferir maior proteção não apenas ao sistema planetário como um todo, mas também aos direitos humanos am-

---

17 BRITO, Wladimir. *Responsabilidade de proteger no direito internacional*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 19.

18 Disponível na internet: <<http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>>.

19 BRITO, Wladimir. *Op. cit.* p. 30.

20 ARAGÃO, Alexandra. *Novas dimensões do R2P no direito internacional: a responsabilidade de proteger o sistema terrestre*. p. 6.

21 *Idem*.

22 BRITO, Wladimir. *Op. cit.* p. 12.

bientais, por colocar o domínio do meio ambiente como algo pelo qual o Estado deve agir proactivamente para garantir efetiva segurança humana.

A ideia de abordar-se a deslocação humana por razões ambientais sob o enfoque da responsabilidade de proteger decorre do facto de que este conceito (R2P) tem como objetivo a garantia da segurança humana. E o pressuposto do deslocamento é justamente a segurança.

Nessa perspetiva, falar-se no dever de proteção que recai sobre o Estado no âmbito dos deslocamentos ambientais pressupõe que o Estado assegure aos deslocados, em primeiro lugar, segurança. E aqui, quando se fala em segurança, se quer abranger os múltiplos aspetos que a circundam, os quais têm relação, sobretudo, com a dignidade humana. Segurança, nessa visão, implica em condições ambientais dignas em termos de habitação, saúde, saneamento, qualidade de vida, proteção contra perigos e eventos adversos, etc.

Assegurar proteção sob o viés da responsabilidade de proteger envolve a garantia da segurança humana dos deslocados ambientais, tanto com relação a ações preventivas para que danos maiores não ocorram e que coloquem em risco as suas vidas, quanto do ponto de vista de permitir que sejam transportados para um local adequado, se for preciso. Seria, portanto, garantir ao fim e ao cabo que essas pessoas estejam, de facto, seguras.

De acordo com Gareth Evans, a responsabilidade de proteger “foi concebida não para criar novas regras jurídicas, mas sim um novo sentido convincente de obrigação moral e política para aplicar as regras existentes”<sup>23</sup>. É nesse ponto que reside a importância de assegurar efetividade na atuação protetiva dos Estados. Mas quais seriam os instrumentos jurídicos que podem vir a ser fundamento para a vinculação jurídica ao dever de proteção de deslocados ambientais?

## **Deslocados ambientais e dever de proteção jurídica: uma abordagem holística**

O primeiro problema enfrentado no que diz respeito à garantia da segurança humana das pessoas forçadas a se deslocar por razões ambientais é a ausência de um instrumento jurídico específico<sup>24</sup> que contemple essa categoria de pessoas. Essa lacuna no direito internacional no que tange à regulação da situação dos deslocados pode acarretar a vulnerabilidade dessas pessoas<sup>25</sup>, vez que estão desamparadas por uma normativa que lhes assegure proteção jurídica apropriada.

23 Tradução livre de “was designed not to create new legal rules but rather a compelling new sense of moral and political obligation to apply existing ones”. EVANS, Gareth. *Op. cit.* p. 2-3.

24 O que Isabel Borges denomina de “legal protection gap”. BORGES, Isabel. *Op. cit.* p. 15.

25 ARAGÃO, Alexandra. “Riscos e deslocados ambientais: prevenir a degradação do ambiente para evitar deslocamentos humanos”, in: *Vida Judiciária*, out. 2019. Disponível na internet: <<https://www.vidaeconomica.pt/vida-judiciaria-0/riscos-e-deslocados-ambientais-prevenir-degradacao-do-ambiente-para-evitar-deslocamentos-humanos>>. p. 3.

Isabel Borges propõe, nessa linha, a releitura do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, em uma percepção holística<sup>26</sup>. Isso porque os padrões legais do regime internacional de direitos humanos estabelecem bases normativas e garantias essenciais para uma releitura que inclua os direitos daqueles afetados ou potencialmente afetados por mudanças ambientais, e permite a implementação de iniciativas de adaptação a essa realidade.

Ocorre, todavia, que, ainda que se reconheça que o sistema internacional dos direitos humanos seja de suma relevância, por expandir para a agenda política da comunidade global o tratamento do direito da pessoa humana, que passa a ser objeto de responsabilidade compartilhada no cenário mundial e não apenas no âmbito exclusivo do direito interno dos Estados, é preciso admitir que o nível internacional alcançado talvez possa não ser suficiente, por si só, para a defesa dos deslocados ambientais, consideradas as peculiaridades e situações específicas afetas exclusivamente a essa categoria de migrantes.

Do mesmo modo, no entanto, somente a incidência do direito internacional do meio ambiente não é satisfatória para resguardar a proteção dos interesses dessa categoria de pessoas forçadas a se deslocar por eventos ambientais. Essa é uma realidade bem mais complexa e dinâmica<sup>27</sup>.

Por tal razão, sustenta-se a incidência conjugada na interpretação dos instrumentos internacionais dos direitos humanos do sistema internacional de proteção do meio ambiente. Direito do ambiente e direitos humanos são ramos que devem caminhar juntos e numa perspectiva inter-relacionada.

Para tanto, é imperioso examinar a extensão da proteção conferida nos instrumentos jurídicos existentes, nos moldes dessa releitura proposta.

A Constituição Portuguesa<sup>28</sup>, em seu artigo 9º, coloca como tarefa fundamental do Estado, ao lado da promoção do bem-estar e da qualidade de vida dos seus cidadãos, o dever de “defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correto ordenamento do território”. No artigo 66.º, destinado ao ambiente e à qualidade de vida, prevê, ademais, que “todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender”. Nessa conjuntura, incumbe ao Estado assegurar o direito do ambiente por meio de diversas ações, tais como a integração dos objetivos ambientais nas várias políticas setoriais.

A Lei n.º 19/2014, de 14 de Abril<sup>29</sup>, que define as bases da política do ambiente, em seu artigo 2º, 2, atribui ao Estado o dever de realizar a política de ambiente, seja por meio da ação direta dos seus órgãos e agentes nos diversos níveis de decisão local, regional, nacional, europeia e internacional, seja pela mobilização e coordenação de todos os cidadãos e forças sociais, num

26 BORGES, Isabel Mota. *Op. cit.* p. 34 e 39.

27 RAMOS, Érika Pires. *Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional*. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 150 pp, 2011. p. 73.

28 Disponível na internet: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoarepublicaportuguesa.aspx>>.

29 Disponível na internet: <<http://www.pgdlisboa.pt>>.

processo participado e assente no pleno exercício da cidadania ambiental.

Nesses termos, deve a política de ambiente, consoante artigo 2º, 1, assegurar sejam efetivados os direitos ambientais mediante a promoção do desenvolvimento sustentável, da gestão adequada do ambiente, especialmente dos ecossistemas e dos recursos naturais, de modo a contribuir para o “desenvolvimento de uma sociedade de baixo carbono e uma “economia verde”, racional e eficiente na utilização dos recursos naturais, que assegure o bem-estar e a melhoria progressiva da qualidade de vida dos cidadãos”.

Além disso, o artigo 5º da lei de bases da política do ambiente confere a todos os cidadãos o direito ao ambiente e à qualidade de vida, o qual abrange a “defesa contra qualquer agressão à esfera constitucional e internacionalmente protegida de cada cidadão, bem como o poder de exigir de entidades públicas e privadas o cumprimento dos deveres e das obrigações, em matéria ambiental, a que se encontram vinculadas nos termos da lei e do direito”.

O desenho desse dispositivo, interpretado à luz do domínio do ambiente da segurança humana, permite referir aqui uma dimensão ambiental da responsabilidade de proteger do Estado, porquanto confere ao cidadão o direito de defesa contra agressões no campo do seu direito ao usufruto de um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

O Tratado da União Europeia<sup>30</sup>, com as alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa<sup>31</sup>, reforça o compromisso de proteção dos direitos humanos e tutela do meio ambiente no cenário europeu. Além disso, assentada na ideia de cooperação em todos os domínios das relações internacionais, a União define suas políticas comuns orientadas a, dentre outras questões, “apoiar o desenvolvimento sustentável nos planos económico, social e ambiental dos países em desenvolvimento, tendo como principal objetivo erradicar a pobreza”; “contribuir para o desenvolvimento de medidas internacionais para preservar e melhorar a qualidade do ambiente e a gestão sustentável dos recursos naturais à escala mundial, a fim de assegurar um desenvolvimento sustentável” e “prestar assistência a populações, países e regiões confrontados com catástrofes naturais ou de origem humana”.

Para Isabel Borges, as inovações trazidas no Tratado de Lisboa representam um importante passo na proteção dos deslocados ambientais porque seus valores e objetivos têm impacto direto nos direitos dessas pessoas<sup>32</sup>. Os valores e objetivos da União Europeia de proteção e do meio ambiente e promoção dos direitos humanos, orientados para a situação do deslocamento populacional forçado por motivos ambientais, possibilitam algum tipo de prote-

30 Disponível na internet: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TX-T/?uri=CELEX:12016M/TXT>>.

31 Disponível na internet: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TX-T/?uri=OJ:C:2007:306:TOC>>.

32 “The Lisbon Treaty’s innovation is important for EDPs because it emphasises that internal action of the EU (such as protection of the environment) is oriented towards wider external objectives that directly impact EDPs”. BORGES, Isabel Mota. *Op. cit.* p. 154.



ção jurídica a esses indivíduos.

Por seu turno, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia<sup>33</sup>, em seu artigo 11º orienta a integração das exigências em matéria de tutela do ambiente “na definição e execução das políticas e ações da União, em especial com o objetivo de promover um desenvolvimento sustentável”.

No título destinado especificamente ao ambiente, o artigo 191º disciplina que a política da União em matéria ambiental, com o intuito de atingir um nível de proteção elevado, e atenta ao princípio cooperativo, deve contribuir para: a) a preservação, a proteção e a melhoria da qualidade do ambiente; b) a proteção da saúde dos cidadãos; c) a utilização prudente e racional dos recursos naturais; d) a promoção, no plano internacional, de medidas destinadas a enfrentar os problemas regionais ou mundiais do ambiente, e designadamente a combater as alterações climáticas.

Para além disso, referido dispositivo preconiza que a União, no processo de elaboração da sua política ambiental, deve ter em conta o conhecimento tecnocientífico disponível, as particularidades ambientais das suas diversas regiões, as implicações (vantagens e encargos) resultantes da sua atuação ou não, bem como o desenvolvimento socioeconómico em seu conjunto.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>34</sup> ao assegurar o respeito e proteção à dignidade humana, o direito à vida, o direito à liberdade e a segurança humanas, prevê, igualmente, em seu artigo 37º, que todas as políticas da União integrem um elevado nível de proteção e melhoria da qualidade do ambiente, em conformidade com o princípio do desenvolvimento sustentável.

Para além desses instrumentos, o Direito da União Europeia contém uma série de disposições de carácter vinculativo e não vinculativo que orientam as estratégias de atuação europeia em matéria de proteção e promoção do meio ambiente e dos direitos humanos.

Embora não seja um rol exaustivo, todos esses diplomas jurídicos mencionados, permitem uma leitura do compromisso do Estado Português na tutela do meio ambiente e dos direitos humanos, que são bens jurídicos em jogo quando se está a falar de deslocamentos humanos forçados por razões ambientais.

Na ausência de um estatuto específico, deve ser desenvolvido um esforço interpretativo condizente com a intenção das disposições normativas, mas que não deixe os deslocados ambientais sem proteção legal, diante do compromisso internacional de desenvolver estratégias de atuação para garantia da segurança humana, reflexo da dimensão ambiental da responsabilidade de proteger.

Como aponta Alexandra Aragão, é preciso desenvolver “um exercício

33 Disponível na internet: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:12016E/TXT>>.

34 Disponível na internet: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:C:2016:202:TOC>>.

teórico, de *elasticidade* normativa, para ponderar a aplicabilidade de normas pré-existentes a novas situações factivas, não previstas *ab initio*<sup>35</sup>. É essa a realidade enfrentada na hipótese das migrações forçadas devido à ocorrência de desastres naturais ou ocasionados por ação humana.

Nesse contexto, é despidiendo discutir se existe ou não um sistema específico de proteção de deslocados ambientais, ou os motivos determinantes que levam à deslocação ambiental forçada. O cenário atual impõe que o Estado considere, no seu processo de tomada de decisão, políticas efetivas que incluam medidas tendentes a abarcar os múltiplos fatores associados ao deslocamento ambiental e que abranjam as três dimensões da responsabilidade de proteger, mediante mecanismos que garantam, especialmente, a prevenção para evitar deslocamentos, mas que prevejam, também, planos de ação em um contexto catastrófico já instalado, bem como soluções de restauração dos ecossistemas, após a ocorrência do evento danoso.

Visualizar a questão dessa forma implica em dar o adequado tratamento que a abordagem holística dos deslocados ambientais deve receber, a compreender o problema e oferecer respostas tanto antes, quanto durante, ou mesmo após o deslocamento.

Com essa ideia consolidada, é preciso pensar adiante, em quais estratégias o Estado pode se valer para garantir, na prática, proteção aos deslocados ambientais com efetividade.

## Mecanismos para proteção de deslocados ambientais

Para além do dever de proteção jurídica, é preciso pensar também nas ferramentas operacionais à disposição do Estado para fazer valer a efetiva proteção da situação de vulnerabilidade das pessoas sujeitas a deslocamentos ambientais por aumento do nível do mar.

Com efeito, o conhecimento e a identificação das vulnerabilidades<sup>36</sup> e da capacidade de resiliência permite um planejamento estratégico orientado a hierarquizar objetivos, fundamentar prioridades e definir planos de atuação que compreenda a multiplicidade de fatores associadas à deslocação.

Nesse contexto, a página virtual Sea Level Rise<sup>37</sup> apresenta alguns dados que cobrem a realidade norte-americana e propõe soluções reais<sup>38</sup> que podem ser implementadas para minimizar ou mesmo eliminar os impactos negativos com a subida do nível do mar nas comunidades costeiras.

35 ARAGÃO, Alexandra. *Riscos e deslocados ambientais...* Op. cit. p. 2.

36 ARAGÃO, Alexandra. “Prevenção de riscos na União Europeia: o dever de tomar em consideração a vulnerabilidade social para uma protecção civil eficaz e justa”, in: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 93, junho de 2011, p. 71 a 93. Disponível na internet: <<https://journals.openedition.org/rccs/174>>.

37 Disponível na internet: <<https://sealevelrise.org/>>.

38 Essas soluções envolvem ações individuais, dos governos locais e estaduais e do governo federal. Tendo em mente que a abordagem construída neste trabalho está afetada à responsabilidade de proteger do Estado, a explanação se limitará a expor as soluções à disposição do Estado.

Em um cenário de planejamento preventivo, o Estado pode se empenhar na construção de muros de contenção (*building seawalls*); elevação de estradas (*raising roads*), construção de bombas de águas pluviais para drenar a água (*building stormwater pumps*); atualização de sistemas de esgoto (*upgrading sewage systems*); construção de praias artificiais como barreira (*using beaches as barriers*); criação de infraestrutura natural (*creating natural infrastructure*), como recifes de corais, manguezais, pântanos; desaceleração da drenagem do solo (*slowing land sinkage*); realocação gerenciada de residências e pessoas (*managed retreat*).

No cenário europeu, o STAR-FLOOD<sup>39</sup>, um projeto que decorreu de 1 de outubro de 2012 a 31 de março de 2016, e teve como foco analisar, explicar, avaliar e elaborar políticas para melhor lidar com os riscos de inundação nas áreas urbanas por toda a Europa, apresenta interessantes propostas para traçar a política de gerenciamento de riscos, destinadas a minimizar tanto a probabilidade quanto as consequências dos eventos de inundação.

Em um guia prático desenvolvido no projeto STAR-FLOOD<sup>40</sup>, são apresentadas cinco estratégias de gerenciamento de risco de inundações, as quais buscam atender três estágios: antes, durante e após a inundação.

À semelhança das medidas do projeto Sea Level Rise, as estratégias de prevenção do risco de inundação (*flood risk prevention*), de defesa contra inundações (*flood defense*), e de mitigação do risco de inundação (*flood risk mitigation*), concretizadas em um contexto de zona costeira, têm como foco reduzir a probabilidade e as consequências negativas das inundações desencadeadas pela subida do nível do mar.

Na hipótese de não terem sido adotadas medidas preventivas ou se, mesmo realizadas, estas não forem capazes de conter o avanço da água, entra em cena a última estratégia, consistente na recuperação de inundações. Esta etapa, após a inundação, inclui planos de reconstrução, além de sistemas de compensação pública ou de seguro privado.

Embora o foco das estratégias de gerenciamento expostas sejam os riscos de inundação de rios, por certo também contêm medidas passíveis de serem implementadas em áreas costeiras para prevenir, adaptar e mitigar os efeitos da elevação do nível do mar e apresentar respostas à questão do deslocamento populacional emergente.

Essas não são, contudo, as únicas ferramentas à disposição do Estado. A abordagem holística dos deslocamentos ambientais envolve, também, estratégias de cooperação da comunidade internacional, e o trata de questões como a diplomacia ambiental.

A importância de uma cooperação dessa ordem reside na abordagem preventiva que ela oferece. Como leciona Alexandra Aragão, a verdadeira solução jurídica para a questão dos deslocados ambientais “passa por prevenir as causas, por procurar compreender, antecipar e evitar a degradação ambien-

39 Disponível na internet: <<https://www.starflood.eu/about-the-project/>>.

40 Disponível na internet: <<https://www.starflood.eu/guidebook/>>.

tal que põe as pessoas em fuga de condições de vida absolutamente inaceitáveis ou inexistentes, deixando o seu local de residência”<sup>41</sup>.

Os contornos da responsabilidade de proteger na sua dimensão preventiva implicam na prevenção tanto quanto a “conflitos internos, de catástrofes naturais ou causadas pelo homem que possam pôr em perigo a segurança humana, como conflitos internacionais, em especial em sede de vizinhança internacional”<sup>42</sup>.

Com efeito, desenvolver preventivamente um plano de ação que estenda seus efeitos para a cooperação internacional compreende uma forma de abordar a deslocação como um todo que abarque os múltiplos fatores envolvidos, e garanta a adequada tutela dos seus interesses dos deslocados ambientais não apenas antes do evento ambiental danoso, mas, especialmente, durante e após a sua ocorrência.

Todos esses são alguns exemplos de ferramentas à disposição do Estado que podem ser inseridas em suas políticas públicas para evitar a ocorrência de danos ambientais graves e que o deslocamento se torne, de facto, uma questão de “*no choice option*”. São, portanto, estratégias operacionais, que já são realidade em algumas zonas costeiras, e que, se bem planeadas e bem executadas, podem vir a ser uma solução para, na prática, prevenir deslocamentos ambientais pela elevação do nível do mar nas comunidades costeiras de Portugal.

## Conclusão

Não se pode olvidar que as previsões científicas nos colocam em estado de alerta, especialmente após a ocorrência de grandes catástrofes ambientais e a acentuação da discussão acerca das mudanças climáticas globais.

Os estudos científicos demonstram a cada dia, e com grau de certeza cada vez maior, que o deslocamento ambiental forçado pela subida do nível dos oceanos não apenas é real, mas gradual, e tem estado cada vez mais próximo de se tornar uma situação catastrófica, inclusive na realidade Portuguesa.

É por isso que o tempo de agir é agora, e não após o problema já estar instalado e centenas de milhares de pessoas estarem em situação crítica.

Nesse sentido, o Estado deve orientar suas ações para garantir a proteção efetiva desses indivíduos sob a ótica da responsabilidade de proteger em suas três dimensões, mas, em especial, com a adoção de medidas preventivas de modo a evitar que uma situação alarmante se instale para somente depois vir a pensar em ferramentas possíveis para reverter.

Pensar em estratégias de atuação dessa ordem consiste justamente em ver o problema de forma holística e oferecer respostas compatíveis com a responsabilidade de proteger em sua dimensão preventiva, de forma que o Estado, no processo de tomada de decisão, valha-se da melhor tecnologia dis-

41 ARAGÃO, Alexandra. *Riscos e deslocados ambientais...* Op. cit. p. 8.

42 BRITO, Wladimir. Op. cit. p. 42.

ponível para definir planos de ações destinados a prevenir, adaptar e mitigar os efeitos negativos da inevitável elevação do nível do mar, para garantir a segurança humana das comunidades sujeitas ao deslocamento ambiental.

Uma conjuntura dessa ordem possibilitaria não apenas que a situação de vulnerabilidade a que estão expostas essa categoria de pessoas fosse de facto tutelada, mas privilegiaria, sobretudo, uma resposta efetiva e duradoura para a salvaguarda de seus direitos humanos e ambientais.

## Referências

ARAGÃO, Alexandra. **Novas dimensões do R2P no direito internacional: a responsabilidade de proteger o sistema terrestre.** (no prelo).

ARAGÃO, Alexandra. Para além dos deslocados climáticos: os deslocados ambientais, vítimas do progresso e de injustiças territoriais, in: **Sistemas sociais complexos e integração de geodados no direito e nas políticas**, Alexandra Aragão; José Gomes dos Santos (coord.), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, p. 279-310.

ARAGÃO, Alexandra. Prevenção de riscos na União Europeia: o dever de tomar em consideração a vulnerabilidade social para uma protecção civil eficaz e justa, in: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº 93, junho de 2011, p. 71 a 93 (disponível em <https://journals.openedition.org/rccs/174>).

ARAGÃO, Alexandra. Riscos e deslocados ambientais: prevenir a degradação do ambiente para evitar deslocamentos humanos, in: **Vida Judiciária**, outubro de 2019, (disponível em <https://www.vidaeconomica.pt/vida-judiciaria-0/riscos-e-deslocados-ambientais-prevenir-degradacao-do-ambiente-para-evitar-deslocamentos-humanos>).

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**, Editora 34, São Paulo, 2010.

BORGES, Isabel Mota. **Environmental change, forced displacement and international law. From legal protection gaps to protection solutions**, Routledge, Oxon, New York, 2019.

BRITO, Wladimir. **Responsabilidade de proteger no direito internacional**, Almedina, Coimbra, 2016.

CORREIA, Fernando Alves; MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. **Estudo sobre os regimes jurídicos das zonas costeiras da Região Autónoma dos Açores**, Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente e Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

CRUTZEN, Paul Jozef. Geology of mankind, **Nature**, Vol. 415, janeiro de 2002, p. 23 (disponível em <https://www.nature.com/articles/415023a.pdf>).

EVANS, Gareth. **Responsibility to protect: ten years on**, 2015 (disponível em [https://www.g-l-f.org/site/g\\_l\\_f/assets/pdf/evans\\_-\\_responsibility\\_to\\_protect\\_-\\_ten\\_years\\_on.pdf](https://www.g-l-f.org/site/g_l_f/assets/pdf/evans_-_responsibility_to_protect_-_ten_years_on.pdf))

GOMES, Carla Amado. **Migrantes climáticos: para além da terra prometida**,

ICJP, CIDP, 2014 (disponível em <https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/palmas.pdf>).

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade:** ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Contraponto, PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2006.

LOVELOCK, James. **Gaia:** alerta final, Intrínseca, Rio de Janeiro, 2010.

MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**, Bertrand Brasil, Rio de Janeiro, 2013.

NAJAM, Adil; PAPA Mihaela; TAIYAB, Nadaa. **Global environmental governance. A reform agenda**, International Institute for Sustainable Development, 2006 (disponível em <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/geg.pdf>).

RAMOS, Érika Pires. **Refugiados ambientais:** em busca de reconhecimento pelo direito internacional. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 150 pp, 2011.

# A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS ATRAVÉS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO

Ana Júlia Ramos Padua

Graduanda em Direito no Centro Universitário de Bauru mantido pela Instituição Toledo de Ensino

## Resumo:

O presente artigo busca mostrar a ação civil pública, prevista no art. 129, III da Constituição Federal de 1988, e regulamentada pela Lei nº 7.347/85, como um instrumento capaz de coibir atos de corrupção, que impedem a efetivação dos direitos humanos. Desta forma, inicialmente, faz-se uma análise da Lei nº 7.347/85, apresentando suas origens, seus objetivos, os bens tutelados e os legitimados. Tendo como base a relação existente entre os interesses transindividuais e os direitos humanos, busca-se apresentar os danos causados a estes pela corrupção, para então demonstrar a possibilidade da utilização e as vantagens da ação civil pública no combate a corrupção, em comparação com outros institutos utilizados para este fim. Dessarte, conclui-se que embora o combate a corrupção não seja um objetivo expresso da ação civil pública, esta pode ser utilizada, para assim garantir maior efetivação dos direitos humanos.

**Palavras-chave:** Corrupção; Direitos Humanos; Ação Civil Pública; Interesses Transindividuais;

## Introdução

Diferentemente de Portugal que possui a ação popular como principal meio de proteção dos direitos coletivos, o Brasil coloca nesta posição a ação civil pública, mesmo possuindo o instituto da ação popular. O que coloca aquela ação como a mais utilizada no que tange a tutela coletiva no Brasil é que ela visa a proteção do patrimônio público de uma forma ampla, ao contrário da ação popular que não ultrapassa da anulação do ato lesivo e do ressarcimento.

A ação civil pública foi a primeira ação no ordenamento jurídico brasileiro a tutelar os interesses transindividuais, o que influenciou na Constituição Federal de 1988, concedendo assim um fundamento constitucional à referida lei. Estes interesses transindividuais tutelados por essa ação possuem relações

diretas com os Direitos Humanos, e desta forma são atingidos por atos de corrupção.

A corrupção é um fenômeno recorrente no Brasil, mas também é um problema no mundo, que afeta o setor privado e público, causando impactos em diversas áreas, como no acesso a serviços públicos, na democracia, nas políticas públicas e nos Direitos Humanos, o que afasta cada vez mais os cidadãos de uma vida digna.

Existem vários instrumentos no ordenamento jurídico brasileiro focados em combater os atos corruptos e suas diversas modalidades. Primeiramente, visualiza-se que a corrupção é um crime, tanto na sua forma ativa como passiva, positivado nos arts. 317 e 333 do atual Código Penal. Além desta disposição, há leis como a Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), a lei nº 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), a Lei nº 8.137/1990 (Lei dos Crimes Econômicos), a Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) que também visam o combate a corrupção. Porém, a ação civil pública também pode ser utilizada para tal finalidade.

Desta forma, mostra-se de suma importância uma análise acerca da possibilidade da utilização da ação civil pública no combate a corrupção. Para tanto, o presente trabalho iniciará com a definição da referida ação, abordando suas origens, objetivos e legitimados, e através de seu principal objeto fará uma relação com os Direitos Humanos, para então apresentar os danos causados a estes pela corrupção, concluindo com as vantagens que a ação civil pública possui diante a repressão da corrupção, e como ela é um meio eficaz para a efetivação dos Direitos Humanos.

## **Ação Civil Pública**

A ação civil pública (ACP) é uma espécie de ação coletiva, e tem como precedente histórico as ações norte-americanas conhecidas como *class actions*, originadas e positivadas no ano de 1938, essas ações possibilitaram que uma pessoa ou um pequeno grupo de pessoas representassem interesses de uma certa coletividade em juízo. Essas ações norte-americanas passaram a ser estudadas na Itália na década de 70, o que resultou em uma discussão sobre a tutela jurisdicional coletiva, e desta forma influenciou juristas brasileiros a também debaterem sobre o assunto.

No Brasil, a ação civil pública foi positivada, inicialmente, com apenas um objeto jurídico, o meio ambiente, regulamentando assim o art. 14, §1º, da Lei 6.938/81, que aderiu ao Ministério Público a função de proteger tal objeto através de uma ação coletiva chamada de “ação civil pública”. Porém, em 1985, através do aperfeiçoamento de um projeto de lei denominado Projeto Bierrenbach, de autoria de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Waldemar Mariz de Oliveira Junior e Candido Rangel Dinamarco, os promotores Nelson Nery Junior, Édis Milaré e Antônio Augusto Mello de Camargo Fer-



raz ampliaram a possibilidade da interposição da ação pelo MP, abrangendo outros interesses coletivos, o que resultou na Lei 7.347/85, e em seu fundamento constitucional, presente no art. 129, III da CF/88.

A Lei 7.347/85 atualmente tutela o meio-ambiente, o consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a ordem econômica e urbanística, a honra e a dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, o patrimônio público e social, além de qualquer outro interesse difuso ou coletivo, ou seja, todo interesse relativo à sociedade pode ser objeto da ação.

Por meio da ação civil pública busca-se a responsabilização da pessoa física ou jurídica que causou danos a um dos bens jurídicos tutelados. A referida lei, em seu art. 3º apresenta as possíveis sanções, como a condenação em dinheiro e o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, para assim reparar ou prevenir danos causados ao direito coletivo.

Ao contrário da ação popular que tem o cidadão como o único legitimado a promovê-la, na Lei da Ação Civil Pública há um rol expresso de legitimados, de acordo com o art. 5º podem propor a ação: o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista, e associações. Diante o princípio da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ACP, esses legitimados têm o dever de representar de ofício ao se depararem com os danos causados ou as possibilidades da sua ocorrência, da mesma forma que qualquer pessoa, até mesmo um juiz, pode provocar ou remeter peças ao Ministério Público para que ele analise e represente.

O que diferencia a ação civil pública de outras ações coletivas é que pelos princípios da indisponibilidade e obrigatoriedade, esta ação tem como escopo a máxima proteção dos direitos coletivos, por isso ela é a espécie de ação mais utilizada na proteção destes direitos, além de possibilitar uma maior atuação do Ministério Público na proteção dos direitos transindividuais.

## **Interesses Transindividuais e os Direitos Humanos**

Como citado anteriormente, a ação civil pública tem como objeto todos os direitos difusos e coletivos, estes direitos podem ser chamados de interesses transindividuais, pois vão além dos direitos individuais, ou seja, transcendem para o plano da coletividade. O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) conceitua em seu art. 81 os chamados interesses transindividuais, e os divide em três modalidades: difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Os direitos difusos são aqueles que não possuem titulares determináveis, ou seja, inexistente uma relação jurídica entre os sujeitos, apenas certas circunstâncias de fato que fazem a ligação, da mesma forma que o objeto jurídico protegido é indivisível. Já os direitos coletivos possuem titulares indeterminados, mas neste caso é possível determiná-los, entre os sujeitos há uma relação jurídica, mas assim como no direito difuso, o objeto é indivisível, assim como

dispõe Alan Faria ao afirmar que “o bem jurídico protegido não pertence a nenhum indivíduo em particular, mas a todos em conjunto e simultaneamente”. A última modalidade abordada no art. 81 é dos direitos individuais homogêneos, muito se discute sobre a sua inclusão como um direito transindividual, pois os titulares são determinados, há relação jurídica entre os sujeitos, e o objeto é divisível.

Para Ada Pellegrini Grinover (1989, p. 1) estes interesses transindividuais transformaram conceitos jurídicos e criaram uma nova categoria jurídica e política de interesses:

Do ponto de vista social, significaram o reconhecimento e a necessidade de tutela de interesses espalhados e informais voltados a necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não mais um feixe de linhas paralelas, mas um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao meio ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando de suas necessidades e seus anseios.

Através desta breve análise e sobre a definição de cada modalidade dos interesses transindividuais, pode-se perceber que estes direitos podem ser classificados como intrínsecos dos direitos fundamentais da 3ª geração, ou seja, dos direitos humanos sociais. Além de que, os direitos transindividuais também mostram a sua importância no que tange a interdependência entre os direitos fundamentais, ou seja, os direitos sociais são condições de eficácia dos outros direitos fundamentais. Desta forma, percebe-se a ligação entre a ação civil pública e a proteção dos direitos humanos.

## **A corrupção e a violação dos Direitos Humanos**

A palavra corrupção corresponde a deterioração, mas pode ser melhor conceituada como um ato pelo qual se oferece algo a alguém para assim obter vantagem para si, em detrimento do outro. A corrupção é um fenômeno antigo, e assim como uma doença, caso não tratada nos primeiros sintomas, ela se alastra para outros setores da sociedade. Desta forma, a prática da corrupção se consolida, abrangendo as três esferas – social, política e jurídica, como é o caso do Brasil.

O termo “corrupção” no Brasil é utilizado na seara penal, mas está incluída em algo maior tratado na seara cível, a improbidade administrativa. Muitas pessoas acreditam que corrupção e improbidade administrativa são sinônimos, mas na verdade a improbidade é gênero, enquanto corrupção é espécie, já que a improbidade é mais ampla, e não se limita ao enriquecimento ilícito.

Tanto na corrupção política como na improbidade administrativa os atos ocorrem no âmbito da Administração Pública, atingindo a probidade administrativa. A conduta pode ser exteriorizada por uma ação ou omissão de um agente público (sentido lato), que utiliza da sua posição e do poder público para assim obter vantagem ilegal para si ou para terceiros, ou seja, colocam os interesses particulares acima do interesse público. Desta forma, há um distanciamento dos princípios morais, incluindo também os princípios da administração pública, como por exemplo o da supremacia do interesse público.

Os atos corruptos mais comuns no Brasil são: suborno, peculato, propina, lavagem de dinheiro, licitações fraudulentas e superfaturamento, em todos estes casos o dinheiro que deveria ser destinado ao bem-estar da sociedade é desviado, e assim não alcança a sua finalidade, o que a longo tempo causa danos drásticos a população, como o aumento da pobreza, crise econômica, saúde precária, falta de segurança com a alta criminalidade, dentre outros problemas. Já a improbidade administrativa ocorre no caso de enriquecimento ilícito, onde a corrupção está inserida, mas não se resume a isto, pois atos que causam danos ao erário, ou seja, ao patrimônio público, atos de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário e atos que atentam contra princípios da Administração Pública, também caracterizam improbidade administrativa, e assim como a corrupção, estes atos também causam danos aos direitos fundamentais.

Com a corrupção enraizada no cotidiano da sociedade, as pessoas acabam não compreendendo a dimensão dos danos causados, ficando estagnadas na ideia de que o único prejuízo ocorre nos cofres públicos, ou seja, que é um problema exclusivo do Estado. Porém, não é esta a realidade, pois a lesão causada aos cofres públicos atinge sim a economia, mas a partir desta há o impedimento do desenvolvimento do Estado, afetando principalmente os direitos fundamentais da população.

Basicamente, para chegar à consequência danosa perceptível há uma sequência de atos. Primeiramente ocorre a conduta ilícita, na maioria das vezes o desfalque dos cofres públicos, o que leva ao impedimento da realização de políticas públicas eficazes, e assim, sem as políticas públicas os direitos fundamentais ficam em uma situação de precariedade. O desvio de verbas causa danos inicialmente nos direitos fundamentais sociais, como na área da saúde, na educação, na moradia e na segurança, porém, ao atingir esses e outros direitos sociais os danos alcançam todos os outros direitos humanos, pois como dito anteriormente, eles são interdependentes. Desta forma, Gustavo Senna Miranda (2014) afirma que:

Inegavelmente, muito pior que o ladrão, o homicida, enfim, do criminoso comum, é o corrupto, o dilapidador dos cofres públicos, da moral administrativa, pois esse último, com sua conduta ilícita, acaba atingindo o direito de um número indeterminado de pessoas, impossibilitando investimentos em diversas áreas e projetos sociais, como, os relativos à segurança pública, no combate à fome, à educação, saúde

de, à construção e reforma de escolas, hospitais etc., enfim, acaba-se privando milhões de brasileiros de suas necessidades básicas, fundamentais para a sobrevivência da pessoa humana.

Portanto, através da visualização da amplitude dos danos causados aos direitos fundamentais pela improbidade administrativa, e assim pela corrupção, mostra-se de suma importância uma análise acerca da ação civil pública, que pode ser utilizada como um importante instrumento de combate à corrupção e de efetivação dos direitos humanos.

## **A importância da ação civil pública no combate à corrupção**

No Brasil, principalmente após a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, aderida pelo Decreto nº 5.686 de 2006, a busca pela prevenção e pela punição de atos de corrupção foi ampliada no ordenamento jurídico. Várias leis podem ser citadas como instrumento de combate a corrupção, como por exemplo a Lei nº 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro), a Lei nº 12.527/2011 (Lei da Transparência Pública), a Lei nº 12.850/2013 (Lei do Crime Organizado), a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e a Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime). Porém, essas leis não são suficientes a ponto de acabar com a impunidade existente perante os corruptos, e muito menos no ressarcimento de todos os danos causados. Mas como solução para parcela deste problema, pode-se apresentar a ação civil pública, como um instrumento capaz de ressarcir os danos causados por aquele ato ilícito.

Muito se discute se a ação citada na Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) é uma espécie ação civil pública. Alguns autores afirmam que por possuir em primeiro plano a condenação punitiva e não reparatória, não é uma ação civil pública, é uma ação própria, como afirma Calil Simão (2019, p. 353):

A função da ação de improbidade administrativa é implantar uma punição. Tem ela função primordial de punir. Desse modo, o objeto do processo é punitivo, sendo a ação classificada como repressiva-sanctionatória. [...] Tem a ação, em vista disso, duplo caráter: punitivo e reparatório. Entretanto, o caráter punitivo é principal, essencial, sem o qual a ação não pode ser proposta. Vale dizer, não é possível a ação de improbidade administrativa sem o escopo punitivo. Já o caráter reparatório por ser acessório ou secundário, pode existir ou não. [...] A lesão ao erário público pode ser sanada pela ação popular, ação civil pública ou mediante simples ação ordinária. Porém, a punição do agente ímprobo só pode ser implementada mediante a ação de improbidade administrativa, cuja regulamentação legislativa é própria, ou seja, particular e compatível com o escopo do processo.

Já o Ministro Alexandre de Moraes (2017, p. 280), na obra “Direito Constitucional” dispõe que:

A Lei Federal nº 7.347/85 é norma processual geral para a tutela de interesses supraindividuais, aplicando-se a todas as outras leis destinadas a defesa desses interesses, como a Lei Federal nº 8.429/92, conforme artigos 17 e 21. Esta disposição integra-se ao art. 83 da Lei Federal nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que determina a admissão de qualquer pedido para tornar adequada e efetiva a tutela aos interesses transindividuais, ou seja, possibilita a formulação de qualquer espécie de pedido de provimento jurisdicional, desde que tenha por objetivo resguardar defesa do interesse em jogo. [...] Torna-se, pois, indiscutível a adequação dos pedidos de aplicação das sanções previstas para ato de improbidade à ação civil pública, que constitui nada mais do que uma mera denominação das ações coletivas, às quais por igual tendem à defesa de interesses metaindividuais. Assim, não se pode negar que a ação civil pública se trata da via processual adequada para a proteção do patrimônio público, dos princípios constitucionais da administração pública e para repressão de atos de improbidade administrativa, ou simplesmente atos lesivos, ilegais ou imorais, conforme expressa previsão no art. 12 da Lei nº 8.429/92 (de acordo com o art. 37, § 4º, da Constituição Federal) e no art. 3º da Lei Federal nº 7.347/85.

Desta forma, percebe-se a dicotomia existente sobre esta questão. Porém, as falas do Ministro Alexandre de Moraes fazem parte da corrente predominante, já que vários Tribunais têm este entendimento, inclusive o STJ, que aceita a correlação das duas ações, pois são ações coletivas que buscam a proteção dos interesses transindividuais. Desta forma, o Ministro Luiz Fux dispôs que:

A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõe um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se. (STJ – Resp: 1085218 RS 2008/0187271-3, Relator: Ministro Luiz Fux).

Assim sendo, por mais que a Lei nº 7.347/85 não preveja expressamente a corrupção como um objeto da ação, por ela atingir a probidade administrativa e o patrimônio público, pode-se considerar que ela está inserida como ato que causa danos aos interesses difusos e coletivos (art. 1º, IV). Isto pode ser extraído a partir da premissa de que a probidade administrativa e o patrimônio público são interesses transindividuais, pois são de toda sociedade, não sendo possível a determinação dos sujeitos. Sendo assim, os danos causados pela corrupção podem ser objeto de uma ação civil pública, que possui vantagens no que tange a reparação destes danos.

O primeiro ponto a ser apresentado como um diferencial da ação civil pública é em relação a legitimidade para ingressar com a ação, pois esta possui um rol extenso de legitimados ativos, como já foi citado anteriormente (art.

5º da Lei nº 7.347/85), ao contrário de outras ações usadas no combate a corrupção, como a ação penal que possui apenas o Ministério Público, e os processos administrativo e civil descritos pela Lei nº 12.846/13, sendo que o primeiro tem como legitimados as autoridades máximas dos Poderes Legislativo, Executivo e do Judiciário, e o processo civil que possui na posição as advocacias públicas, órgãos de representação judicial e o Ministério Público.

Outro ponto de destaque tem ligação com os sujeitos passivos da ação, pois enquanto a ação penal só abrange pessoas físicas, e o processo da Lei Anticorrupção só responsabiliza pessoas jurídicas, a ação civil pública pode responsabilizar ambas as pessoas.

Mas a maior ênfase se dá pelas diferenças entre as possíveis sanções. Na ação penal a pena é de prisão e multa, sendo que o dinheiro recebido é encaminhado ao Tesouro Nacional ou à órgãos públicos que atuam no combate a corrupção, ou seja não há a efetiva reparação do dano, da mesma forma que ocorre nos processos da Lei nº 12.846/13, que por mais que tenha previsto como pena o ressarcimento do dano, deve-se lembrar que só é aplicada perante pessoa jurídica, ou seja, há uma limitação. Desta forma, a ação civil pública é a mais eficaz no que tange a reparação integral do dano, pois possui a condenação de ressarcimento do dano de forma expressa na lei, além da obrigação de fazer ou não fazer para reparar o dano ou impedir a sua ocorrência. Além de que, como dito anteriormente, os legitimados podem incluir nos pedidos que também sejam aplicadas as sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92 e no art. 37, §4º da Constituição Federal, buscando assim uma punição.

Portanto, diante todos os pontos apresentados, pode-se concluir que a ação civil pública possui vantagens ao ser utilizada perante os danos causados por atos de corrupção e improbidade administrativa, por ter como objeto da ação os interesses transindividuais, por abranger um maior rol de legitimados tanto ativos como passivos, e por possuir como foco a reparação integral do dano, efetivando assim, os direitos fundamentais que estavam sendo violados pela corrupção.

## Conclusão

Não se pode negar que a corrupção é um problema mundial, que possui diversas formas de manifestações, e atinge várias áreas da sociedade, causando danos imensuráveis, principalmente no que tange os Direitos Humanos e a efetivação de uma vida digna.

Da mesma forma que a corrupção possui diversas formas de manifestações, ela também possui várias formas de combate, e dentre as opções têm a ação civil pública, que por mais que não tenha essa finalidade de forma expressa no texto da lei, pôde-se observar que ela pode ser utilizada para este fim.

Desta forma, conclui-se que a ação civil pública apresenta inúmeras

vantagens ao ser utilizada no combate a corrupção, além de ter um rol mais abrangente de legitimados ativos e passivos em comparação com outras ações, ela também possibilita um maior aproveitamento referente ao ressarcimento dos danos causados, que são destinados a reparar de fato o prejuízo, assim como também visa a prevenção de danos futuros, tornando mais eficaz a busca pela efetivação dos Direitos Humanos e na redução da ocorrência de atos corruptos.

## Referências

CAVALCANTI, M. D. A. O desenvolvimento das ações coletivas estrangeiras e a influência exercida no direito processual coletivo brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 940, p. 89, 2014.

COIMBRA, R. Os direitos transindividuais como direitos fundamentais de terceira dimensão e alguns desdobramentos. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 5, n. 16, p. 64-94, 30 set. 2011.

DIAS, L. R. C. Ação civil pública: tutela constitucional dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 60, p. 161-176, set 2007.

FARIA, Alan. Direitos transindividuais e direitos humanos – suas conexões para proteção da pessoa na sociedade brasileira. **Dignidade Re-Vista**, v. 3, n. 6, dezembro 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A ação civil pública no STJ**. Brasília. Superior Tribunal de Justiça – Publicações Institucionais. 1989.

MARGRAF, A. F. PROENÇA, G. W. Corrupção: reflexos institucionais e sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 113, p. 75 – 95, jun 2019.

MIRANDA, Gustavo Senna. **Corrupção pública: uma pandemia nacional**. 2014. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/521-corrupcao-publica-uma-pandemia-nacional.html>. Acesso em: 13 set. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NUNES, Rizzato. **As ações coletivas e as definições de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Direito do Consumidor**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/abc-do-cdc/128109/as-acoes-coletivas-e-as-definicoes-de-direitos-difusos-coletivos-e-individuais-homogeneos-no-direito-do-consumidor>. Acesso em: 12 ago 2020.

SIMÃO, Calil. **Improbidade Administrativa: teoria e prática**. 4. ed. Leme: Jh Mizuno, 2019.

WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2006.

# CONTRIBUTOS EPIGENÉTICOS À FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS CRIMINAIS DE PREVENÇÃO CONTRA A CORRUPÇÃO E DIREITOS HUMANOS

**Cesar Luiz de Oliveira Janoti**

Professor de Direito Penal e de Hermenêutica Jurídica da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Universidade Paulista. Membro do Comitê de Ética em Pesquisa da Escola Paulista de Ciências Médicas. Advogado e Secretário Parlamentar da Câmara dos Deputados

## **Resumo:**

O desenfreado aumento dos casos de corrupção, ao longo dos tempos, tanto em países pobres ou em desenvolvimento quanto em países ricos e desenvolvidos, mostra-nos a insuficiência das respostas meramente econômicas ou dogmáticas penais à desaceleração da fenomenologia corruptiva e sugere-nos a existência de *outros fatores*, sobretudo de índole estritamente subjetiva, motivadores da corrupção. Nesse contexto, acentua-se a importância da compreensão de eventual existência de predisposições genéticas concernentes a determinadas práticas delitivas bem como da relevância de respostas metodológicas epigenéticas, concernentes na possibilidade de silenciar genes ativos e ativar outros que estavam inativos a partir da reiterada exposição a estímulos ambientais e transmiti-los à descendência exatamente como uma mutação genética, de modo a mitigar paulatinamente, a cada geração, a tendência ao cometimento do crime de corrupção. Assim, o presente artigo apresenta uma análise jurídica preambular sobre a possibilidade de utilização de elementos oriundos da Epigenética para a formulação de políticas criminais preventivas ao crime de corrupção sem acarretar qualquer violação aos direitos humanos.

**Palavras-chave:** Corrupção; Epigenética; Política criminal; Direitos humanos.

## **Considerações iniciais**

O interesse em inquirir e discutir a eficácia de políticas criminais de prevenção contra a corrupção sob olhares interdisciplinares exsurge a partir de inquietações ocasionadas pelo descontentamento com as respostas reducionistas que reiteradamente justificam o aumento exponencial do número de casos de corrupção em quase todo o mundo com argumentos simplistas rela-



tivos à impunidade, à condescendência normativa penal e à economia.

Se pessoas abastadas e cultas (possivelmente conhecedoras da lei e das sanções) se prestam a praticar atos de corrupção ao passo que outras pessoas, miseráveis e pouco instruídas, comportam-se com integridade e são ciosas dos interesses e do patrimônio públicos, certamente a justificativa para tais comportamentos díspares poderá ser encontrada em fatores *outros* inerentes a circunstâncias subjetivas.

É nesse contexto que o presente trabalho apresenta a epigenética, compreendida como um processo evolutivo que admite a transmissão transgeracional de caracteres adquiridos na experiência ontogenética dos indivíduos em relação com o seu meio ambiente, como uma via possível à elucidação do estado anímico, das predisposições comportamentais, das motivações de índole subjetiva e das causas da fenomenologia corruptiva e, por conseguinte, à proposição de uma política criminal consistente e eficaz à prevenção contra o crime de corrupção<sup>1</sup>.

Não se trata, pois, de buscar justificativas às desastrosas tentativas de criminalização de determinados estereótipos ou perfis genéticos e tampouco de restaurar odiosos ideais eugênicos, mas sim de perquirir e estimular reiterados comportamentos mediante políticas criminais consistentes e profiláticas que poderão, no futuro, a cada geração, atenuar gradativamente o interesse pelas práticas corruptivas e evitar que os indivíduos cheguem a entrar em conflito com as leis, sem que isso importe em qualquer violação aos consagrados direitos humanos.

O desenvolvimento da investigação científica fez-se mediante o método hipotético-dedutivo, partindo-se de considerações gerais para alcançar conclusões peculiares que não configurarão uma veracidade fática, mas sim uma elevadíssima possibilidade.

Para o desenvolvimento do nosso estudo, analisamos, inicialmente, aspectos históricos sugestivos da atemporalidade da fenomenologia corruptiva. Na sequência, verificamos a ineficácia das políticas criminais convencionalmente utilizadas por diversos países no combate à corrupção e propomos a epigenética como uma alternativa viável. Ao final, apresentamos as principais conclusões e sugestões, com a esperança de propiciarem críticas e debates salutares sobre os temas tratados.

## A corrupção como fenômeno dos tempos

A corrupção<sup>2</sup> tem se mostrado como um verdadeiro fenômeno “dos

---

1 FRANCIS, Richard C. **Epigenética: como a ciência está revolucionando o que sabemos sobre hereditariedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2015, p. 7-9.

2 Não obstante a polissemia vocabular, adotaremos neste estudo o conceito segundo o qual entende-se por corrupção, “por um lado, um conjunto de comportamentos tipificados como sendo criminosos pelo direito aplicável e, por outro lado, a inadequação moral, política, social entre os princípios constitucionalmente declarados e formalmente previstos, e as práticas de relacionamento entre a Administração pública e os sectores políticos que a

tempos”<sup>3</sup> que acompanha a evolução da humanidade desde os primeiros agrupamentos sociais, o que pode ser constatado a partir de um brevíssimo excuro histórico.

Nas antigas civilizações da Mesopotâmia (aproximadamente 5.000 a. C.) era comum o oferecimento de presentes a forasteiros considerados poderosos para conquistar sua benevolência ou clemência<sup>4</sup>. No Egito antigo, a entrega de oferendas aos Deuses para abrandar os vereditos *post mortem* era prática habitual, assim como o oferecimento de presentes pela parte vencedora ao faraó que exerceu a função judicante em sua demanda<sup>5</sup>. Esses fatos podem ser compreendidos como a origem de práticas de reciprocidade embrionárias da corrupção<sup>6</sup>.

No período da República Romana, a Lei das XII Tábuas (450 a.C.) já demonstrava preocupação com as mazelas corruptivas: “se um juiz ou um árbitro indicado pelo magistrado receber dinheiro para julgar a favor de uma das partes em prejuízo de outrem, que seja morto” (Tábua IX). Não obstante o rigor da sanção pela corrupção, posteriormente, já durante o Império Romano, a corrupção permaneceu corriqueira entre militares e publicanos (cobradores de impostos), sendo apontada por muitos historiadores como uma das possíveis causas do declínio do Império<sup>7</sup>.

Já no século XVII, a condenação do político, jurista e filósofo Francis Bacon por corrupção chocou a sociedade londrina<sup>8</sup>. Na mesma época, Hobbes asseverou na célebre obra *Leviatã* (1651) que a corrupção era praticamente indissociável da magistratura<sup>9</sup>.

Em períodos mais contemporâneos, gravíssimos episódios corruptivos assolaram diversas nações, como os Estados Unidos da América (como nos subornos internacionais praticados pela construtora de aviões Lockheed no

---

administram ou os interesses privados e de cidadania” (DORES, António Pedro. *Espírito anti-corrupção*. In: SOUSA, Luís; TRIÃES, João. **Corrupção e os Portugueses**. Cascais: Edições Rui Costa Pinto, 2008, p. 161.

3 VALENTE, Manuel Guedes Valente (Coord.). **Os Desafios do Direito (Penal) do Século XXI**. Lisboa: Legit, 2018, p. 89-94.

4 NOONAN, J. T., Jr. Bribery. **Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy**. Vol. 2. Indiana: 1987, p. 741.

5 NOONAN, J. T., Jr. Bribery. **Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy**. Vol. 2. Indiana: 1987, p. 742.

6 “Os antropólogos explicam que as práticas de reciprocidade são antigas e eficientes entre os homens: quem aceita um presente fica obrigado perante quem oferece” (CUNHA, Ary Ferreira da. **Combate à Corrupção: da teoria à prática**. Lisboa: Quid Juris, 2015, p.57).

7 SILVA, Uiran Gebara da. A historiografia do Império Romano tardio: do Estado máximo ao Estado mínimo, e de volta outra vez. **Revista de História da Universidade de São Paulo**. (São Paulo), n.176, 2017.

8 COPLESTON, F., S. J. **History of Philosophy: late medieval and renaissance philosophy**. Vol. III. New York: Doubleday, 1983, p. 294.

9 HOBBS, T. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva & Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 77, 236-237, 251 e 289).

cenário pós Segunda Guerra Mundial<sup>10</sup> e no escândalo político Watergate), a Itália (sobretudo na denominada operação *mani pulite*, que apurou a ocorrência de licitações irregulares e o uso do poder público em benefício particular e de partidos políticos) e o Brasil (principalmente nos casos *mensalão* e *lava jato*, que envolveram vultosas propinas entre parlamentares, grandes empresários e diretores de empresas estatais, entre outras figuras).

Esse brevíssimo panorama histórico evidencia que a corrupção não se trata de um fenômeno circunscrito a um determinado período de tempo, lugar ou grau de desenvolvimento socioeconômico e cultural, mas sim é uma realidade transcultural e atemporal<sup>11</sup>.

## **A ineficácia das políticas criminais convencionais no combate à corrupção**

Não há dúvidas de que há inúmeras maneiras de se combater a corrupção: implementação de programas educativos preventivos, utilização da mídia para massificação de informações sobre medidas repressivas à corrupção, estabelecimento de mecanismos de governança pública e privada responsáveis e enrijecimento da tutela penal, sendo esta última uma das mais utilizadas por diversos países e que será objeto de reflexão mais detida neste estudo.

Segundo Claus Roxin, a política criminal “consiste na conciliação da melhor forma de prevenção geral, a prevenção especial orientada à integração social e a limitação da pena num Estado de Direito,”<sup>12</sup> ou seja, correlaciona-se, ao fim e ao cabo, com os fundamentos e finalidades da pena. Não obstante sua inquestionável utilidade, as políticas criminais contemporâneas equivocadamente, em muitas vezes, têm deixado de se socorrer de dados empíricos oriundos da criminologia e de outras áreas do conhecimento voltadas para a compreensão sociológica, biológica ou psicológica para orientar suas formulações e têm voltado seu foco para uma desenfreada produção legiferante de natureza quase sempre política e de pouca efetividade, limitando-se à satisfação meramente simbólica da opinião pública<sup>13-14</sup>.

Segundo as elucidativas lições de José Luis Díez Ripollés inerentes ao contexto sociojurídico espanhol:

10 FURTADO, Clarissa. *Corrupção Praga mundial - Suborno, desvio de verbas e fraude provocam perdas econômicas de 1 trilhão de dólares por ano. Desafios do desenvolvimento - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. (Brasília). Ano 2. Edição 12 - 1/7/2005.

11 SOUSA, Luís. **Corrupção**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 11.

12 ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 25.

13 LIVIANU, Roberto. **Corrupção**. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 94.

14 Nesse sentido, Hassemmer aduz que “el legislador sigue em gran medida los sentimientos públicos de amenaza de la población em los campos mencionados, e intenta, em caso necesario, satisfacer una ‘necesidad de acción’, política actual mediante una legislación meramente ‘simbólica’” (HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva**. Tradução por Patricia Ziffer. 2 ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 95).

Na interpretação da recente evolução da política criminal espanhola, tão pródiga em reformas penais, processuais e penitenciárias, os penalistas, na universidade e na jurisdição, mostram certo desconcerto no momento de abordar sua análise crítica: como se os acontecimentos que estão sendo produzidos não fizessem parte do acervo de atuações sociais cuja possível aparição, à margem de sua plausibilidade, havia sido antecipada pelos juristas. Isto gera uma atitude generalizada de rejeição depreciativa para o que se qualifica sumariamente como uma política criminal oportunista<sup>15</sup>.

Com efeito, mesmo após a implementação de legislação penal extremamente rígida, países como Estados Unidos<sup>16</sup>, Alemanha<sup>17</sup>, Reino Unido<sup>18</sup> e Itália<sup>19</sup> não experimentaram melhoras sensíveis nos índices indicativos sobre práticas corruptivas<sup>20</sup>.

Esse cenário evidencia que o Direito Penal meramente de emergência é pouco eficaz ao combate à corrupção. Ademais, sendo perceptível que quando a corrupção se instala de forma sistêmica em determinada sociedade, como é o caso do Brasil<sup>21</sup>, por exemplo, as medidas convencionais expansionistas do Direito Penal para debelá-la devem ceder espaço para mecanismos multidisciplinares que considerem, no plano ontológico, as características criminológicas inerentes aos agentes mais suscetíveis a práticas corruptivas, de modo a construir uma política criminal verdadeiramente apta ao esvaciamento da corrupção.

Exsurge, assim, a epigenética como uma possibilidade instrumental útil à compreensão do estado anímico, das predisposições comportamentais, das motivações de índole subjetiva e das causas da fenomenologia corruptiva e, por conseguinte, à proposição de uma política criminal consistente e, sobretudo, eficaz à prevenção contra o crime de corrupção.

## Epigenética

Por muito tempo, parte expressiva das ciências biomédicas presumiu

15 RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A política criminal na encruzilhada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 15.

16 Cf. *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), de 1977.

17 Cf. Lei de Combate à Corrupção Internacional de 17 de dezembro de 1997 (*Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung – IntBestG*), modificada pela Lei de Combate à Corrupção (*Korruptionsbekämpfungsgesetz – KBG*).

18 Cf. *UK Bribery Act*, de 2010.

19 Cf. Lei n.º 13/2019, conhecida como *Legge Spazzacorrotti* (Lei Varre Corruptos).

20 Segundo o Índice de Percepção da Corrupção (IPC) 2019, da Transparência Internacional, “os Estados Unidos caíram dois pontos desde o ano passado, atingindo sua pior marca no IPC em oito anos”. Alemanha e Reino Unido também pioraram no IPC 2019 em relação ao de 2018 em 1,23% e 2,44%, respectivamente. A Itália apresentou ligeira melhora (2%) no IPC 2019 em relação ao de 2018, mas no acumulado da última década o índice praticamente permanece inalterado. Cf. Índice de Percepção da Corrupção 2019, disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/67:indice-de-percepcao-da-corrupcao-2019?stream=1>.

21 LIVIANU, Roberto. **Corrupção**. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 174.

equivocadamente que a exteriorização gênica observável de um indivíduo, como as características físicas e peculiaridades comportamentais (fenótipo<sup>22</sup>) poderiam ser compreendidas e justificadas exclusivamente pela sequência de bases do DNA. No entanto, tal entendimento era insuficiente ao esclarecimento de inúmeras situações cotidianas, como as diferenças fenotípicas notadas entre gêmeos monozigóticos durante suas vidas<sup>23</sup>.

A partir da década de 1940, contudo, estudos capitaneados pelo biólogo Conrad Waddington propuseram-se a descrever e a analisar os processos de diferenciação fenotípica a partir de variações da expressão ou manifestação gênica, e não do conteúdo ou sequenciamento gênico em si, inaugurando o segmento da biologia denominado epigenética<sup>24</sup>.

A epigenética é descrita atualmente “como o conjunto de mecanismos moleculares herdáveis com capacidade de regular a expressão gênica na ausência de qualquer alteração da sequência de pares de bases do DNA”<sup>25</sup>. As modificações epigenéticas podem ocorrer em resposta aos estímulos ambientais, às condições climáticas, à alimentação, aos poluentes a que os indivíduos são expostos e também às interações sociais<sup>26</sup>. Assim, através da utilização adequada e bem orientada das técnicas em desenvolvimento pela epigenética, é possível estabelecer uma ponte de interação direta entre o meio ambiente e a modulação da expressão gênica<sup>27</sup> apta a alterar as características fenotípicas, de modo a direcionar tendências e predisposições comportamentais dos indivíduos<sup>28</sup>, possibilidade esta deveras importante à formulação de políticas criminais de contenção e de combate à corrupção, dentre outras utilidades.

Uma das vantagens da utilização da epigenética residiria no fato de que, ao contrário das alterações propriamente ditas do genoma (que ocorrem lentamente mediante mutações aleatórias ao longo da vida e sucessivamente a cada geração), as modificações epigenéticas podem ser transmitidas rapidamente, posto que dependem majoritariamente da constante influência direta do ambiente, que induzirá um indivíduo a adaptar-se às condições ambientais

22 É importante ressaltar que fenótipo e estereótipo não são vocábulos sinônimos. Enquanto o fenótipo refere-se às características morfofisiológicas e comportamentais de um indivíduo, o estereótipo relaciona-se com imagem ou conceito preconcebidos, padronizados e generalizados estabelecidos pelo senso comum sem conhecimento técnico-científico sobre algo ou alguém, limitado quase sempre à aparência física, cor da pele, naturalidade, cultura, crença, nível de educação, entre outros aspectos.

23 FRAGA, Mario F., ESTELLER, Manel. Epigenetics and aging: the targets and the marks. **Trends in Genetics**. V. 23, n. 8, p. 413-418, 2007.

24 WADDINGTON, C. H. Canalization of development and the inheritance of acquired characters. **Nature**. Nº 150, 1942, p. 563-565.

25 MATOS, Robson Willian de Melo. Epigenética Forense. **Acta de Ciências e Saúde**. N. 5. Vol. 2, 2016, p. 199-220.

26 FRANCIS, Richard C. **Epigenética: como a ciência está revolucionando o que sabemos sobre hereditariedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2015, p. 7.

27 MARTIN, Tiphaine et al. Twin Studies and Epigenetics. **International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences (Second Edition)**. Oxford: Elsevier, p. 683-702, 2015.

28 GOLDBERG, Aaron D.; ALLIS, C. David; BERNSTEIN, Emily. Epigenetics: a landscape takes shape. **Cell**. V. 128, n. 4, p. 635-638, 2007.

às quais está exposto. Outra característica importante das mutações epigenéticas é a reversibilidade dos traços adquiridos via epigenética, pois trata-se de um mecanismo que depende apenas da relação “genes x ambiente” e não se relacionam a modificações imutáveis do genoma propriamente dito<sup>29</sup>.

Nessa contextura, é possível utilizar mecanismos já conhecidos da política criminal, como a educação escolar<sup>30</sup> e a inclusão social<sup>31</sup>, não apenas como ferramentas de conscientização individual ou coletiva aptas a provocarem um desestímulo racional a práticas delitivas, mas também como uma metodologia inter e transgeracional de mitigação de vulnerabilidades e de predisposições comportamentais que deixem os indivíduos mais suscetíveis aos atos de corrupção.

O direcionamento comportamental norteado pela epigenética atacaria com mais profundidade as causas dos desvios éticos, morais e culturais que reconhecidamente influenciam o ser humano às práticas corruptivas, silenciando genes ativos predispostos a comportamentos socialmente indesejados e ativando outros que estavam inativos e que sejam coletivamente benéficos a partir da reiterada exposição a estímulos ambientais e transmiti-los à descendência exatamente como uma mutação genética, de modo a mitigar paulatinamente, a cada geração, a predisposição ao cometimento do crime de corrupção.

É importante destacar que não se trata, pois, de buscar justificativas à desastrosa criminalização de determinados perfis genéticos e tampouco de restaurar odiosos ideais eugênicos, mas sim de perquirir e estimular reiterados comportamentos mediante políticas criminais consistentes e profiláticas que

---

29 “Por exemplo, experiências vividas pelos pais (dieta, maus tratos, tratamento hormonal) podem ser transmitidas para as gerações futuras. Isso tem sido bem demonstrado em uma série de estudos onde famílias com grave escassez de alimentos na geração dos avós, filhos e netos têm maior risco de doenças cardiovasculares e diabetes. Outros estudos sugerem que as mães passam aos filhos os efeitos cognitivos durante a gestação, provavelmente liberando hormônios que fazem com que marcadores químicos epigenéticos (não dependentes dos genes) apareçam nos genes de seus filhos, regulando sua expressão depois do nascimento. Outro exemplo claro do papel da herança epigenética pode ser encontrado nos gêmeos idênticos; estudos mostram que durante a transição da infância para a vida adulta, os gêmeos passam a divergir significativamente em seus níveis de sintomas relacionados à ansiedade e à depressão. Como compartilham do mesmo *background* genético (exatamente a mesma sequência de bases em ambos os genomas) essa divergência só pode ser fruto das experiências individuais durante a vida (e das mudanças epigenéticas)”. Cf. FANTAPPIE, M. (2013). Epigenética e Memória Celular. **Revista Carbono #3**. Disponível em <http://revistacarbono.com/artigos/03-epigenetica-e-memoria-celular-marcelofantapie/>. Rio de Janeiro: Acesso em 12 de outubro de 2020.

30 O estudo *Trajetórias Individuais, Criminalidade e o Papel da Educação*, divulgado hoje (8) pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), mostra que “O eixo básico de qualquer política preventiva e efetiva de segurança pública é a educação”. Cf. *Trajetórias Individuais, Criminalidade e o Papel da Educação*, estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), disponível em: <[https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/boletim\\_analise\\_politico/160908\\_bapi9\\_4\\_reflexao2.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/boletim_analise_politico/160908_bapi9_4_reflexao2.pdf)>. Acesso em 12 de outubro de 2020.

31 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. [et al.]. *Retrato das desigualdades de gênero e raça* - 4ª ed. - Brasília: Ipea, 2011. 39 p.: il.

poderão, no futuro, atenuar o interesse pelas práticas corruptivas e evitar que os indivíduos cheguem a entrar em conflito com as leis<sup>32</sup>.

Tudo isso, obviamente, não acarretaria qualquer violação aos direitos humanos, sobretudo porque não invadiria os direitos personalíssimos titularizados pelos indivíduos, seria pedagógico-preventiva e não repressiva-punitiva, direcionaria indistintamente toda sociedade mediante normas de conteúdo programático (repelindo-se a vigente seletividade punitiva), incidiria apenas no fenótipo e, portanto, não invadiria nem redirecionaria a constituição genômica do indivíduo e não imporiria uma discriminação genética nem estereotípica. Mesmo diante de todo o direcionamento epigenético fomentado por intensas políticas criminais, sobretudo educativa e fiscalizadora, os indivíduos continuariam a ser detentores da autonomia da vontade e do direito à autodeterminação, consectários lógicos da dignidade da pessoa humana, e, por conseguinte, poderiam seguir ou não os novos rumos socialmente escolhidos para empalidecer gradativamente a reiteração penal corruptiva.

## Conclusões

O brevíssimo excursus histórico e a observação dos indicadores internacionais sobre a percepção da corrupção apresentados neste estudo evidenciam que o fenômeno corruptivo não se circunscreve a um determinado período de tempo, lugar ou grau de desenvolvimento socioeconômico e cultural, mas sim é uma realidade transcultural e atemporal que acomete tanto pessoas abastadas quanto miseráveis, as cultas e as pouco instruídas, bem como as nações ricas e desenvolvidas quanto as economicamente subdesenvolvidas.

Em respostas às odiosas práticas corruptivas que se protraem ao longo dos tempos, inúmeras nações têm se utilizado de políticas criminais desacompanhadas de dados empíricos oriundos da criminologia e de outras áreas do conhecimento voltadas para a compreensão sociológica e volitiva para orientar suas formulações e têm voltado seu foco para uma desenfreada produção legiferante de natureza quase sempre política e de pouca efetividade, limitando-se à satisfação meramente simbólica da opinião pública.

Assim, diante da dificuldade de se estabelecer um parâmetro objetivo confiável à compreensão da fenomenologia corruptiva e considerando a ineficácia dos métodos convencionais de formulação de políticas criminais, faz-

---

32 “Contrariando muitas vozes em sentido oposto, que mesmo durante as décadas de 30 a 60 do século passado, período em que a biologia criminal se revestiu de uma roupagem político criminal caracteristicamente antiliberal, pesquisadores importantes no âmbito da referida disciplina não adotaram um discurso unilateral exclusivista no que diz respeito às causas da criminalidade de maneira a afastar os fatores ambientais como relevantes para explicar o fenômeno criminal” (FREITAS, Ricardo. Enfoque biológico da criminalidade e orientação determinista: unilateralismo teórico e política criminal antiliberal no discurso dos estudiosos da biologia criminal (1930-1960). *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 278-295, dez. 2016. ISSN 2526-5180. Disponível em: <<http://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/11>>. Acesso em: 05 jun. 2020).

se necessário lançar olhares para elementos subjetivos possivelmente motivadores da corrupção e que podem nortear o desenvolvimento de ferramentas efetivas à sua contenção.

É nesse cenário que a epigenética desponta como uma possibilidade instrumental útil à compreensão do estado anímico, das predisposições comportamentais, das motivações de índole subjetiva e das causas da fenomenologia corruptiva e, por conseguinte, à proposição de uma política criminal consistente e, sobretudo, eficaz à prevenção contra o crime de corrupção.

Apesar de serem recentes os estudos sobre a epigenética, a sua aplicação se mostra promissora em diversas áreas do saber, desde a medicina, com importantes avanços no tratamento de câncer<sup>33</sup>, até a área forense, onde já contribuiu significativamente para a criminalística<sup>34</sup>.

Nessa contextura, é possível utilizar mecanismos já conhecidos da política criminal, como a educação escolar e a inclusão social, não apenas como ferramentas de conscientização individual ou coletiva aptas a provocarem um desestímulo racional a práticas delitivas, mas também como uma metodologia inter e transgeracional de mitigação de vulnerabilidades e de predisposições comportamentais que deixem os indivíduos mais suscetíveis aos atos de corrupção.

O direcionamento comportamental e a influência ambiental norteados por critérios epigenéticos atacariam com mais intensidade as predisposições aos desvios éticos, morais e culturais que reconhecidamente podem conduzir o ser humano às práticas corruptivas. Mediante a epigenética seria possível silenciar genes ativos predispostos a comportamentos socialmente indesejados e ativar outros que estavam inativos e que sejam coletivamente benéficos a partir da reiterada exposição a estímulos ambientais e transmiti-los à descendência exatamente como uma mutação genética, de modo a mitigar paulatinamente, a cada geração, a predisposição ao cometimento do crime de corrupção.

A utilização da epigenética não constitui uma retomada das desastrosas tentativas de criminalização de determinados estereótipos e tampouco de resaturar odiosos ideais eugênicos, assim como não acarretaria qualquer violação

33 Como na identificação de mecanismos epigenéticos de modificação dos padrões anômalos de metilação do DNA que mantém as células cancerosas vivas. Vide “Cientistas desvendam mecanismo epigenético que mantém viva célula de câncer”, disponível em: <https://agencia.fapesp.br/cientistas-desvendam-mecanismo-epigenetico-que-mantem-viva-celula-de-cancer/15600/#:~:text=A%20metila%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9%20o%20principal,cancerosas%20a%20uma%20transforma%C3%A7%C3%A3o%20maligna>. Acesso em 23 de outubro de 2020.

34 “Nos últimos anos, a epigenética tem ganhado ênfase nos estudos de identificação forense, em virtude de sua capacidade de revelar informações anteriormente impossíveis de serem obtidas por análises genotípicas tradicionais. Estudos epigenéticos têm mostrado ser possível a distinção entre gêmeos monozigóticos; estimar a idade de um indivíduo; identificação de tipos teciduais; entre outros, utilizando somente amostras de DNA. Desta maneira, a epigenética forense se apresenta como um ramo promissor da criminalística” (MATOS, Robson Willian de Melo. Epigenética Forense. **Acta de Ciências e Saúde**. N. 5. Vol. 2, p. 199, 2016).



aos direitos humanos, sobretudo porque não invadiria os direitos personalísimos titularizados pelos indivíduos, seria pedagógico-preventiva e não repressiva-punitiva, direcionaria indistintamente toda sociedade mediante normas de conteúdo programático (repelindo-se a vigente seletividade punitiva), incidiria apenas no fenótipo e, portanto, não invadiria nem redirecionaria a constituição genômica do indivíduo e não imporá uma discriminação genética.

Com as políticas criminais norteadas pela epigenética, sobretudo educativas, os indivíduos continuariam a ser detentores da autonomia da vontade e do direito à autodeterminação, consectários lógicos da dignidade da pessoa humana, e, por conseguinte, poderiam seguir ou não os novos rumos socialmente escolhidos para empalidecer gradativamente a reiteração penal corruptiva.

As conclusões alcançadas neste estudo propõem uma alternativa, ainda em desenvolvimento, às políticas criminais convencionais e ao direito penal de emergência, ineficazes ao combate à corrupção. O indivíduo pleno – biológico, psicológico e social – necessariamente deve ser o princípio e o fim das políticas criminais e a epigenética potencialmente pode harmonizar os parâmetros objetivos e subjetivos necessários à conservação da dignidade da pessoa humana e aos anseios sociais de prevenção contra a corrupção.

## Referências

COPELSTON, F., S. J. **History of Philosophy: late medieval and renaissance philosophy.** Vol. III. New York: Doubleday, 1983.

CUNHA, Ary Ferreira da. **Combate à Corrupção: da teoria à prática.** Lisboa: Quid Juris, 2015. ISBN 978-972-724-712-7.

CUNHA, José Manuel Damião da. **A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção: uma análise crítica das Leis n.os 32/2010, de 2 de setembro, e 41/2010, de 3 de setembro.** Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1930-2.

DELLA PORTA, Donatella; VANNUCCI, Alberto. **The hidden order of corruption: an institutional approach.** Surrey: Ashgate Publishing, 2012.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal.** Barueri: Manole, 2004.

FANTAPPIE, M. (2013). Epigenética e Memória Celular. **Revista Carbono #3.** Disponível em <http://revistacarbono.com/artigos/03-epigenetica-e-memoria-celular-marcelofantappie/>. Rio de Janeiro: Acesso em 12 de outubro de 2020.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena.** Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

FRAGA, Mario F, ESTELLER, Manel. Epigenetics and aging: the targets and the marks. **Trends in Genetics.** V. 23, n. 8, 2007.

FRANCIS, Richard C. **Epigenética: como a ciência está revolucionando o que sabemos sobre hereditariedade.** Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

FREITAS, Ricardo. **Enfoque biológico da criminalidade e orientação determinista**: unilateralismo teórico e política criminal antiliberal no discurso dos estudiosos da biológica criminal (1930-1960). *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 278-295, dez. 2016. ISSN 2526-5180. Disponível em: <<http://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/11>>.

FURTADO, Clarissa. **Corrupção Praga mundial - Suborno, desvio de verbas e fraude provocam perdas econômicas de 1 trilhão de dólares por ano. Desafios do desenvolvimento – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. (Brasília). Ano 2. Edição 12 - 1/7/2005.

GOLDBERG, Aaron D.; ALLIS, C. David; BERNSTEIN, Emily. Epigenetics: a landscape takes shape. *Cell*. V. 128, n. 4, p. 635-638, 2007.

GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; NETO, Eurico Bitencourt (Coord.). **A Prevenção da Corrupção e outros Desafios à Boa Governança da Administração Pública**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2018. ISBN 978-989-8722-32-4.

HART, George. **The Routledge Dictionary of Egyptian Gods and Goddesses**. 2. ed. Publisher: Taylor & Francis Group, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Tradução por Patrícia Ziffer. 2 ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

HOBBS, T. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva & Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. [et al.]. **Retrato das desigualdades de gênero e raça** - 4ª ed. - Brasília: Ipea, 2011. 39 p.: il.

JUNG, Carl Gustav. **Os arquétipos e o inconsciente coletivo**. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. ISBN 978-85-326-2354-6.

LEFF, Nathaniel. **Economic Development through Bureaucratic Corruption**. *American Behavioral Scientist*, nº 8, 1964, pp. 8-21.

LIVIANU, Roberto. **Corrupção**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. São Paulo: Ícone, 2016.

LOPES, José Mouraz. **O Espectro da Corrupção**. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4542-9.

MAÍLLO, Alfonso Serrano; PRADO, Luiz Regis. **Curso de Criminologia**. 2. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. ISBN 978-85-203-4838-3.

MARTIN, Tiphaine et al. Twin Studies and Epigenetics. **International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences (Second Edition)**. Oxford: Elsevier, 2015.

MATOS, Robson Willian de Melo. Epigenética Forense. **Acta de Ciências e Saúde**. N. 5. Vol. 2, p. 199-220, 2016.

MINERBO, Marion. A lógica da corrupção: um olhar psicanalítico. **Revista Novos Estudos**. São Paulo: CEBRAP - Centro Brasileiro de Análise e Planejamento. Ed. 79, v. 3, novembro 2007, p. 139-149. ISSN 0101-3300.

MIRA Y LÓPEZ, Emilio. **Manual de Psicologia Jurídica**. São Paulo: Edijur, 2018. ISBN 978-85-7754-179-9.

MOLLO, Juan Pablo. **Psicanálise e criminologia: estudos sobre a delinquência**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019. ISBN 978-85-442-2985-9.

NOONAN, J. T., Jr. Bribery. **Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy**. Vol. 2. Indiana: 1987.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A política criminal na encruzilhada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **O Direito Penal Europeu Emergente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1574-8.

SILVA, Gláucia, DUARTE, Luiz Fernando Dias. **Epigênese e Epigenética: as muitas vidas do vitalismo ocidental**. Horizontes Antropológicos. Porto Alegre, ano 22, n. 46, p. 425-453, jul./dez. 2016.

SILVA, Uiran Gebara da. A historiografia do Império Romano tardio: do Estado máximo ao Estado mínimo, e de volta outra vez. **Revista de História da Universidade de São Paulo**. (São Paulo), n.176, 2017.

SOUSA, Luís. **Corrupção**. Coimbra: Almedina, 2011. Depósito Legal 324627/11.

SOUSA, Luís; TRIÃES, João. **Corrupção e os Portugueses**. Cascais: Edições Rui Costa Pinto, 2008.

VALENTE, Manuel Guedes Valente (Coord.). **Os Desafios do Direito (Penal) do Século XXI**. Lisboa: Legit, 2018. ISBN 978-972-8973-51-3.

WADDINGTON, C. H. Canalization of development and the inheritance of acquired characters. **Nature**. N° 150, 1942.

# A FUNÇÃO SOCIAL DO COMPLIANCE E SEUS MECANISMOS DE CONTROLE APLICADA AS MODERNAS PRÁTICAS CORRUPATIVAS DA SOCIEDADE DE RISCO COMO FORMA DE RESTABELECIMENTO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

**Andrea de Souza Gonçalves**

Advogada. Auditora ISO 27001 e 27701, Pós-graduada na Faculdade Metropolitana Unidas em Direito do Trabalho e Empresarial do Trabalho. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Universidade de São Paulo. Pós-graduada em Direito Médico Brasil/Portugal pela Vértice/Centro Biomédico e Direito da Universidade de Coimbra. Professora de Pós-graduação e Consultora em Direito Individual e Processual do Trabalho, *Compliance* e Proteção de Dados e Privacidade. Palestrante. Escritora de Artigos Jurídicos. Instrutora do Tribunal de Ética da OAB-SP. Mestranda na Universidade Autónoma de Lisboa (Portugal). Pós-graduanda em Direito Digital e Proteção de Dados pela EBRADI

**Thayana de Moura Macêdo Lima de Araújo**

CEO e Fundadora da CLAT Compliance; advogada; consultora, palestrante; professora; mentora; auditora líder na ISO 27001, Consultora em Sistema de Gestão ISO 27701 especialista em compliance (Unyleya), com formação em *compliance* anticorrupção (LEC), formação em gestão de risco público (ENAP), formação em combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento terrorista (ENAP/COAF), formação em LGPD (LEC); MBA em gerenciamento de Crise (Unyleya); escritora de artigos jurídicos; mestranda/doutoranda em ciências jurídicas (UAL/PT)

## **Resumo:**

Com avanço das intensas práticas corruptivas existentes na Sociedade de Risco, desenhada por Ulrich Beck, resta necessário abordarmos novos mecanismos de controle desses atos, como o *compliance*, a fim de que possamos restabelecer a garantia dos Direitos Humanos, chamada de democracia participativa e cujo conceito, definição e propósito, perdeu sua força ao longo do tempo.

**Palavras-chave:** Corrupção; Sociedade; Risco; Compliance; Democracia.

## Considerações Introdutórias

O objetivo da pesquisa é tratar a problemática da corrupção impactando as diversas classes sociais, coisificando a figura humana e consequentemente afetando o exercício da democracia. Justificamos o artigo, por seu caráter conceitual/descritivo ante entendemos a corrupção como uma forma de viabilizar desigualdade social, por ser esta prática ameaça à distribuição de renda nas sociedades; combatê-la com mecanismos de *compliance* é solução plausível.

Desde a década de 1990 o debate internacional viabilizando meios de enfrentamento da corrupção é bandeira de organizações como OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), OEA (Organização dos Estados Americanos) e ONU (Organização das Nações Unidas). Faz parte da valorização da pessoa humana favorecer-lhes meios mínimos de sobrevivência e dignidade. A defesa da democracia passa pela condição mínima da dignidade humana. Com avanço das novas modalidades e intensas práticas corruptivas existentes na Sociedade de Risco, desenhada por Ulrich Beck desde 1968, resta necessário abordarmos novos mecanismos de controle desses atos a fim de que possamos restabelecer a garantia máxima dos Direitos Humanos, em seu conceito mais amplo, chamada de democracia participativa e cujo conceito, definição e propósito, perdeu sua força ao longo do tempo.

Há que se avaliar quais seriam os motivos geradores da corrupção ou os meios que alimentam a sua proliferação na sociedade e relações comerciais. Seria a fragilidade ou ineficiência legal? A burocratização das relações jurídicas? A estrutura da cultura organizacional social? Inexiste, nesta altura, uma resposta exata para tais questionamentos, haja vista a complexidade das relações jurídico-sociais, nos levando a necessidade de aprofundamento doutrinário.

Para tratarmos do tema, precisamos começar a falar sobre a sociedade de risco de Ulrich Beck, em seu livro *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*, que através da análise do desenvolvimento da sociedade industrial chamada pelo autor de sociedade industrial do risco, nos trouxe novos problemas o que nos fazem estudar os riscos afora a questão ambiental, (tomando por base que o risco aqui para o autor era apenas estudado quando versado sobre meio ambiente e/ou natureza externa bem como, medido de acordo com as classes sociais).

Esses riscos provocaram desdobramentos e uma inquietude no ser humano que passou a não mais considerar os riscos da natureza externa como más colheitas, pragas, enchentes, fome, desastres ecológicos, passando a voltar a preocupação com o **que foi feito com a natureza**, numa concepção de que, devemos atacar as causas e não as consequências dos riscos naturais, até chegarmos no que nos interessa, no risco da Corrupção. Isso porque a sociedade de riscos pressupõe uma necessidade crescente de instrumentos de controle das práticas corruptivas, dadas as inúmeras inovações em todas as esferas, sociais, culturais, tecnológicas, etc.

## Overview e Conceito da Corrupção

A enciclopédia digital Wikipédia define – “corrupção ou corrompimento, em sentido lato, corresponde à ideia de decomposição. Na esfera das relações humanas em particular, está relacionado ao suborno: ato ou efeito de se corromper, oferecer algo para obter vantagem em negociata onde se favorece uma pessoa e se prejudica outra”<sup>1</sup>.

Michele Corradino descreve “em um sentido mais amplo, o termo corrupção não só identifica o fato típico e delituoso previsto e sancionado pelo Código Penal”, como é o caso do brasileiro, “mas também qualquer fenómeno de má administração da coisa pública gerado cada vez que as ações da administração destoam do fim público que devem perseguir” (CORRADINO, 2018).

Importa destacar o posicionamento de que corrupção carece ser vista em sentido amplo – Jónatas E.M. Machado apresenta que o conceito de direito público prevalece e se sobrepõe ao estritamente penal<sup>2</sup>. Reforça o referido professor os verbos partir, destruir, degenerar, degradar, apodrecer e violar, como identificadores da corrupção. Apontando ser abuso de posição dominante (política e económica). Alerta para o fato de que a política usa a corrupção como meio para atingir fins pessoais e patrimoniais; restando a opressão, neste sentido, como simples “dano colateral”. Notadamente há utilização de grandes somas de dinheiro para promover finalidades políticas, onde serve-se aos interesses dos poucos mais ricos e poderosos em detrimento aos interesses da maioria da população.

Até o presente momento, no Brasil a corrupção tipificada no Código Penal é aquela onde em um dos polos está um ente público, podendo ser materializada de forma ativa e passiva.

Voltando a citar Ulrich Beck, achamos por oportuno referir passagem em que o autor bem demonstra as transições sociais do processo de mudança na visão do risco:

A força motriz na sociedade de classes pode ser resumida na frase: tenho fome! O movimento desencadeado com a emergência da sociedade de risco, ao contrário, é expresso pela afirmação: tenho medo! A solidariedade da carência é substituída pela solidariedade do medo. O modelo da sociedade de risco marca, nesse sentido, uma época social na qual a solidariedade por medo emerge e torna-se uma força política. (BECK, 2011, p. 60)

1 Definição de Corrupção – disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Corrup%C3%A7%C3%A3o#:~:text=Corrup%C3%A7%C3%A3o%20ou%20corrompimento%2C%20em%20sentido,pessoa%20e%20se%20prejudica%20outra>>. Acesso em 23 de nov 2020.

2 Jónatas E.M. Machado – O princípio anticorrupção – dimensões constitucionais e jurídico-internacionais. Aula da Universidade Autónoma de Lisboa. Doutoramento. Slide 109. 2019.

Deparamo-nos com o questionamento: Por que combater a corrupção? Em resposta, numa primeira análise, porque a corrupção causava desequilíbrio na economia. Notadamente o risco da corrupção era localizado como um dos maiores prejuízos para a economia mundial. Daí o largo debate e busca de meios mitigatórios desde a década de 1990.

## **Primeira Fase do Combate - Formas de Mitigação ao Desequilíbrio Econômico**

A presente discussão nos remete ao que seria apontado como gênese do *Compliance*, marcadamente o início dos anos de 1900, entre 1906 e 1913, com o contexto norte-americano de legislações no setor de medicamento, alimentos e financeiro (MACEDO, 2020). Aqui o foco estava em mecanismos de controle a riscos outros que não o da corrupção.

O foco em controles internos e riscos está muito mais alinhado a questões administrativas e de gestão que cunho social ou mesmo direitos humanos.

Sebastião Nóbrega Pizarro cita Marcos Cruz quando apresenta: “A história de casos de *compliance* é bastante antiga: se considerarmos que as pessoas, corporações e nações deveriam limitar seus atos e práticas ao estabelecido em regras, acordos e normas legais aplicadas, todas as guerras e conflitos, invasões, atos de escravização, etc., deveriam ser listados como atividades *non compliant*” (PIZARRO, 2016). Neste sentido o *compliance* é mencionado com visão mais tradicional de conformidade normativa/legal/regulamentar.

Neste primeiro momento o que se discutia estava envolvido com a rotina corporativa. O mercado buscava maior envolvimento com os consumidores e uma transparência mínima na relação comercial para a expansão dos produtos. Aqui a corrupção não ganhava destaque e passava despercebido ou sem maiores choques no contexto social. Ainda o que se buscava era solidez com a revolução industrial e maior engajamento da sociedade na aquisição de produtos.

Evoluindo a discussão a corrupção passa a ser objeto de combate mais veemente quando nasce o FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*) no contexto de alguns escândalos envolvendo o setor público, no centro da querela os Estados Unidos da América, e empresas privadas ao redor do mundo, com ênfase em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento. Pontuam Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e Vitor Eduardo Tavares de Oliveira, que “em 1977, o Congresso americano promulgou a Lei sobre a Prática de Corrupção no Exterior para dar fim ao suborno de funcionários públicos estrangeiros e restaurar a confiança pública na integridade do sistema empresarial americano” (MEYER-PFLUG; OLIVEIRA, 2009).

A década de 90 é marcada por debates e envolvimento em torno do combate à corrupção. Verificou-se que a corrupção estava causando desequilíbrio na economia, impactando diretamente na sociedade. As maiores potên-

cias econômicas do mundo passaram a trazer ao centro do debate das maiores organizações internacionais o tema do combate à corrupção por enxergar ser este mal em expansão constante um causador de desequilíbrios econômico prejudicando a livre circulação comercial internacional e afetando internamente nos países, materializando-se com a constatação de grande concentração de renda na mão de poucos e pouca na mão de muitos.

Melhor referenciando, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e Vitor Eduardo Tavares de Oliveira destacam que além da legislação de repressão à corrupção pontuada anteriormente (FCPA/1977), verificou-se, na década já dita, “um movimento de internacionalização no combate à corrupção por instrumentos como Convenções e Tratados, uma vez que a sua prática ultrapasse os limites do Estado, para se configurar um fenômeno mundial” (MEYER-PFLUG; OLIVEIRA, 2009).

Consequentemente a tal movimento “a primeira tentativa de criar uma lei de aplicação universal, feita pelas Nações Unidas, levou à assinatura da Convenção contra o Crime Organizado Transnacional em Palermo, na Itália, em dezembro de 2000” (Meyer-Pflug; Oliveira, 2009). A referida Convenção “criminalizou a corrupção ativa e passiva, mas a ONU começou a discutir uma convenção específica para a corrupção, aprovada pela Assembleia Geral em outubro de 2003 e já ratificada pelo” (MEYER-PFLUG; OLIVEIRA, 2009). No Brasil, ficou conhecida como a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

Valorizando o ponto de vista necessário ao combate à corrupção temos que “estudos econômicos demonstram, de fato, que corrupção gera alterações nos preços do sistema mercadológico; coloca obstáculos à livre concorrência, inibindo a criação e desenvolvimento de novas atividades e provocando o fechamento das empresas sustentáveis; e, não menos importante, provoca a contaminação dos processos públicos de concorrência, incidindo, negativamente, sobre a eficácia dos gastos públicos” (CORRADINO, 2018).

Neste contexto, se fôssemos responder a pergunta: se poderíamos abordar a corrupção á LUZ DOS DIREITOS HUMANOS; qual seria a resposta? À primeira vista, até aqui, não se identificava questão de direitos humanos mas, uma visão econômica, dada, primordialmente o parâmetro pelo qual se iniciou a tentativa de mitigá-la.

A sociedade entrou em um processo de crise e as formas de encarar a corrupção foram impactadas neste sentido, com a conseqüente ampliação de suas conseqüências.

No expor de Carlo Bordonni temos:

Na realidade, essa crise é caracterizada pela combinação simultânea de uma aposta econômica no âmbito internacional (as causas) e as medidas tomadas para lidar com isso (os efeitos). Ambas impactam o cidadão de maneira diferente, interagindo e contribuindo para a complexidade de um mal-estar social que tem se mostrado cada vez mais importante. A percepção disseminada é de que a cura é pior que a



doença, pois é mais imediata e notável na pele das pessoas. (BAUMAN; BORDONI, 2016).

Aquilo que em primeira vista parecia interessar apenas aos estudiosos e entendedores da economia, ultrapassa barreiras e se instala nas rodas científicas e pragmáticas de debate – Como agir para minimizar os efeitos da corrupção? Como servir aos interesses verdadeiramente sociais?

## **Segunda Fase: Efeitos da Corrupção na Sociedade**

Avançando no desenvolvimento da sociedade, e agora já ultrapassados os mecanismos de combate a corrupção ligados precipuamente a questão ao prejuízo econômico, já se mostra necessário pensar na condução da questão de uma forma mais macro e humanizada, dado a corrupção conotação real de infringência a dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, nessa evolução doutrinaria, percebe-se que, conforme afirmado por Walfrido Warde em sua obra “ O Espetáculo da Corrupção” a corrupção nos revela não só o problema econômico financeiro mas produz efeitos nefastos, transformando o estado e sua função social em coisas de mercado, usurpando a energia vital dos trabalhadores, desnaturando as instituições e organizações e como via de consequência, criando total obstáculo para o desenvolvimento social do Estado, trazendo pobreza e ofensa a dignidade. (WARDE, 2018)

Mas não é só, a prática da corrupção traz para a sociedade ainda, uma desigualdade social, política e também econômica, como já dito, desmoralizando a confiança nas organizações, sejam elas públicas ou privados esmo entendimento fora enraizando o desrespeito humano como num ciclo vicioso, configurando ainda, a economia da corrupção que tende a favorecer apenas as atividades empresariais ilícitas. (WARDE, 2018)

Harari, ainda afirma que: “a maioria dos governos são eticamente corruptos”. (HARARI, 2018)

Noutro giro, em análise as circunstâncias propícias da corrupção, quando uma empresa doa, por exemplo, um valor para uma campanha política, na verdade, não está preocupada com nenhum ato social ou mesmo nenhuma ideologia, ao contrário, o fez para que, no futuro possa cobrar por essa doação, numa verdadeira cultura de suborno, praticando nessa seara, um verdadeiro retrocesso social, tão combatido.

Quanto a essa questão, o ilustre constitucionalista Joaquim Jose Gomes Canotilho, já dispôs e albergou em seus escritos, dizendo: “Princípio do Não Retrocesso Social” afirmando que: o princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de “contra revolução social” ou da evolução reacionária”. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos, uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultanea-

mente, uma garantia institucional e um direito subjectivo” (CANOTILHO, 2007)

É bem certo que, em determinados países como, os Estados Unidos da América, é possível a prática de doação em campanhas políticas, inclusive sendo considerada como uma pratica democrática perante a sociedade e que disciplinam o lobby eleitoral, porém, referida atividade está acompanhado com enérgicas regras de *Compliance* e muita transparência.

Avançando ainda nas consequências da corrupção, não é só sua prática que causa impacto na sociedade nas mais variadas vertentes, mas também o seu combate. Uma importância vultosa de dinheiro é empregada no combate a corrupção e ao ressarcimento de valores corrompidos. Exemplo disse é o que ocorreu na “Operação Lava Jato” no Brasil, que no ano de 2019, teve computado o valor de R\$ 180 bilhões de reais por conta dessa pratica, e até esse ano, já tendo sido gasta a importância de R\$ 142 bilhões no seu combate, com um valor de R\$ 11 bilhões recuperados, ou seja, valor ínfimo em relação ao prejuízo já suportado pela sociedade. (WARDE, 2018)

Essa prática, traduz-se imediatamente na perda reputacional da organização. A partir de um escândalo de corrupção de uma organização, essa empresa nunca mais, ou demorara algum tempo, para conseguir crédito e credibilidade no mercado, que é implacável.

E não é só, essa realidade acima, traduz na reação em cadeia da corrupção. Quando uma empresa pratica corrupção, ela está condenando todos os atores com ela envolvidos, internos e externos, que em razão no declínio da geração de renda e trabalho, afetara a todos a ele relacionados, alcançando a todos da sociedade.

A sociedade perde duas vezes com isso. Perde quando se aponta o valor desviado para fins ilícitos e na outra ponta, perde com o que é investido, afora o valor financeiro, para a tentativa de recuperação dos ativos. Esses valores, vão deixar de serem empregados em direitos básicos do homem, como, saúde, educação, saneamento básico, lazer, trabalho, nutrição básica, dentre outros direitos fundamentais.

Por óbvio que uma sociedade que passa pelas agruras da corrupção, tende, algumas vezes, forçar a mudança de seus governos em virtude a decepção, como bem afirmou, Harari, dizendo: “Se um governo é corrupto e não melhora a vida das pessoas, em algum momento os cidadãos se darão conta disso e substituirão o governo. “Porém, ainda essa substituição tem um custo que, fatalmente será revertido em prejuízo a própria sociedade. Não há para onde ir, a não ser pela consciência do malefício desta prática. (HARARI, 2018)

Em contrapartida a essa realidade, como admitir essa situação sendo que a própria empresa deve garantir sua função social na sociedade? Não podemos deixar essa garantia se perder no espaço e no tempo.

Quanto a isso existe robusta necessidade de que as organizações adotem, em seus sistemas, métodos e controles que possam atingir ética, legalidade e sustentabilidade que se traduzem em práticas do programa de *Compliance*.

Assim, esse cenário começa a ficar propício para a aplicação de um programa de *Compliance* coeso e robusto como forma de tentar combater e implantar padrões éticos e de conformidade, como é o caso da criação do Código de Conduta, com diretrizes inclusive reputacionais, na tentativa de mitigação dos riscos inerentes a existência humana, dentre eles, o canal de denúncias, o treinamento e a comunicação e o monitoramento, dentre outros.

Um programa de *compliance* que comporta todos os seus 09 pilares mais conhecidos (Suporte da Alta Administração, Avaliação de Riscos, Código de Conduta e Políticas de *Compliance*, Controles Internos, Treinamento e Comunicação, Canais de Denúncia, Investigações Internas, *Due Diligence*, Auditoria e Monitoramento) alguns combativos a corrupção outros repressivos, são importantes ferramentas para a mitigação da possibilidade de existência de corrupção.

Incluímos aqui mais um pilar, o décimo pilar, para tratar desta e outras questões relacionadas a corrupção que seria a Responsabilidade Social, esse último com precípua importância a questão aqui posta, sem prejuízo aos outros pilares, que pode auxiliar e muito a esse programa e a essa questão.

Em complemento a esse pilar, com intuito de reforçar a ideia aqui exposta, ainda nessa perspectiva, podemos incluir, como mecanismo integrador desta sistemática, a norma técnica internacional ISO 26000:2010, que trata das Diretrizes para as organizações sobre a Responsabilidade Social. Em cumprimento a essa norma, dentre outras coisas, destaca-se a ideia de que a organização deve se responsabilizar pelos impactos de suas decisões e atividades na sociedade, o que a obrigada comportar-se com ética, transparência e geração de riqueza e renda e respeito a pessoa.

## **Compliance como Ferramenta de Controle de Práticas Corruptivas**

Vivemos dias em que questionamos na sociedade o exercício pleno ou não da democracia que alicerça vida coletiva onde vivemos os nossos dias. Em Estado de Crise, Carlo Bordoni inicia o item ao qual intitula “um excesso de democracia?” nos seguintes termos:

Existe uma crise da democracia? Josef L. Fischer, num livro escrito nos anos de 1930, Considera que esta é sua condição normal. Hoje nós falamos como se esse conceito tivesse viajado todo um trajeto, no ápice do qual havia uma condição ótima de liberdade, a qual em seguida começou a decair. Na verdade, nunca houve uma era de ouro da democracia. As aspirações, os mais importantes sistemas teóricos e as melhores intenções não foram exatamente postos em prática. A própria ideia de democracia é vaga e flutuante, às vezes indefinível em sua complexidade. (BAUMAN; BORDONI, 2016).

Esta visão flexível e até mesmo flutuante de democracia pode ter gerado os distúrbios que vivenciamos na atualidade, mas fato é – a corrupção por usurpar da maior fatia da sociedade meios mínimos de sobreviver, alimentar-

se física e intelectualmente, aumenta consubstancialmente a distância entre o gozo democrático da escolha, limitando inclusive a forma de gerir vontades, restando apenas viver com o que circunstancialmente se tem (ou não tem).

Num desenvolvimento social, a corrupção hoje transpassou a temática econômica e hoje sim, é uma abordagem que deve ser observada a luz dos direitos do homem, porque, numa concepção simplista, traz violação aos direitos fundamentais dos indivíduos, no que concerne a extração ao direito ao trabalho, saúde, educação, segurança, igualdade, dentre outros.

A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu Artigo 28.º traz em suas disposições que: “Toda a pessoa tem direito a que reine, no plano social e no plano internacional, uma ordem capaz de tornar plenamente efetivos os direitos e as liberdades enunciados na presente Declaração”.

É certo que a prática de corrupção está muito moderna e precisa de mecanismos modernos de mitigação desses riscos, como por exemplo modernizar as normas de combate a corrupção ao setor privado, incluindo um decimo pilar de *Compliance* (Responsabilidade Social), tratar como crime a corrupção na esfera privada, dentre outros fatores.

Encarar a corrupção como um risco a ser mitigado traz um marco divisor, inclusive, na forma de se criar meios eficazes e estratégicos, posto que reconhecendo a verdade de não eliminação do risco, viver-se-á com a responsabilidade de combatê-lo preventivamente de forma ininterrupta.

Nessa premissa, em que o corrupto tenta subverter os interesses da sociedade para seus próprios interesses, resta indene de dúvida que estamos a verificar infringência ao próprio comando constitucional, já que referida prática, deixa vulnerável todo o arcabouço de direitos fundamentais do homem. Para Leal e Schneider: “Não há dúvidas de que a corrupção encontra-se diretamente conectada à violação dos Direitos Humanos e Fundamentais, notadamente quando os atos corruptivos são utilizados como formas de violação do sistema jurídico como um todo (o caso de suborno de servidores públicos para agilizarem procedimentos burocráticos), o que afeta, por si só, a ordem jurídica posta, além de provocar impactos localizados na rede de direitos e garantias vigente (eis que, neste exemplo, outros expedientes podem ser atrasados ou deixados de lado).” (LEAL, Rogerio Gesta; SNHEIDER, Yuri, 2014)

Hoje, podemos confirmar essa abordagem da corrupção à luz dos direitos humanos, já que, como vimos, a corrupção atinge a dignidade da pessoa humana, quando os recursos que deveriam ser usados ao indivíduo, são destinado de forma particular, esvaziando o patamar mínimo de direitos garantidos pelo Estado, surgindo o *compliance*, com sua metodologia sistêmica, bem aplicado, a corresponder a mitigação à prática da corrupção, seja no setor público seja no setor privado, tentando minimizar a desigualdade social e restabelecer a democracia participativa.

## Considerações Finais

O mundo passou e passa por transformações constantes. Encarar a corrupção como algo a ser visto sob o prisma econômico limita a visibilidade e simplifica os efeitos colaterais da má administração do bem público e, então, distância da fração da sociedade mais prejudicada, aquela que por fim não se alimenta do serviço público e sua obrigação primeira: servir ao povo.

O processo de gozo democrático mínimo carece de a sociedade, de forma igualitária, vivenciar a escolha. Verificamos que, não são poucas as consequências advindas de atos corruptos, sendo certo ser patente seu total malefício na democracia social principalmente como geradora de acentuação de problemas graves de pobreza e desequilíbrio entre as classes, deixando, cada vez mais, os menos favorecidos em situação de penúria, uma vez que, valores que deveriam ser destinados a melhoria da condição social, são desviados de seu destino, por organizações, público e privadas.

Por via de consequência, é patente a fragilidade de garantia de direitos básicos e fundamentais de milhões de pessoas, como anteriormente mencionado, como por exemplo, saúde, previdência, vida, lazer, alimentação e nutrição, dentre outros), numa via de contramão ao disposta nas Cartas Políticas e a necessidade de crescimento e desenvolvimento das nações, com valores humanos.

Nessa linha de raciocínio, afora a questão economia, demasiadamente atingida, a reflexão desses atos, passa pela condição de fragilização dos direitos do homem quando de sua prática, sendo certo que, todos os mecanismos para seu combate e controle, sem oneração, podem e devem ser empregados, dentre eles o programa de *compliance*.

Com todos os seus pilares e vertentes, especialmente o décimo pilar, não apenas utilizado para melhor obtenção e resultado de seu objetivo social, como acima verificamos, podemos tentar mitigar esse mal e o consequente desequilíbrio social, como forma de restabelecimento, conforme acima já abordamos, da democracia participativa.

## Referências

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. 1 Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2 ed. São Paulo: Editora 34. 2011.

CANOTILHO, Joaquim Jose Gomes. **Direito Constitucional e a teoria da constituição**. 7ª. ed. Almedina, 2007.

CORRADINO, Michele. Os instrumentos de prevenção à corrupção. *In*: PAULA, Marco Aurélio Borges de. CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção**. Belo Horizonte: Fórum. 2018.

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. Ed. Cia das Letras. 2018.

LEAL, Rogério Gesta; SCHNEIDER, Yuri. Os efeitos deletérios da corrupção em face dos direitos humanos e fundamentais. **Revista da AJURIS**, v. 41, nº. 136 - dez. 2014.

MACEDO, Thayana. Complince – gestão de riscos com suporte de cenários prospectivos. *In*: SOUZA, Nadialice Francischini de; GOMES, Zulene Barbosa. **Perspectivas em compliance: múltiplos olhares em governança e conformidade**. Salvador: Editora Mente Aberta. 2020.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares de. O Brasil e o combate internacional à corrupção. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 46 n. 181 jan./mar. 2009.

WARDE, Walfrido. **O Espetáculo da Corrupção**. Ed. Leya. 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>> Acesso em: 23 nov. 2020.

# AS CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS DAS PRÁTICAS DE CORRUPÇÃO COM RELAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DURANTE A PANDEMIA DA COVID 19 NO BRASIL

**Caroline Fockink Ritt**

Advogada, doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS, e pós-doutora em Direitos Fundamentais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil. Professora de Direito Penal no Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul/RS. Coordenadora do Projeto de Pesquisa “As consequências negativas de práticas corruptivas e má gestão na realização de políticas públicas com relação ao direito fundamental à saúde” e do Projeto de Extensão “Enfrentamento da Violência Doméstica e Familiar: Direitos da Mulher Agredida” em Montenegro – RS

## **Resumo:**

O presente trabalho de pesquisa possui como temática as consequências negativas de práticas corruptivas com relação ao direito fundamental à saúde, especificamente durante o período de pandemia de COVID – 19. O principal objetivo é demonstrar que a deficiente prestação do direito fundamental à saúde, durante a pandemia de COVID-19 acontece também devido a práticas de corrupção, nas quais inúmeros recursos são desviados e até desperdiçados. Conclui-se que as práticas de má gestão e corrupção estão acontecendo em muitos estados causando efeitos nefastos com relação ao direito fundamental à saúde, o que evidencia a necessidade de combate efetivo de tais práticas, pois onde se trata a vida humana é onde deveria haver mais probidade e transparência! O método escolhido para este estudo é o dedutivo, como técnica de pesquisa foi utilizada a documentação indireta.

**Palavras-chave:** Corrupção; Direito fundamental à saúde; Pandemia.

## **Considerações Iniciais**

A temática da pesquisa que se apresenta concentra-se nas consequências negativas de práticas corruptivas com relação ao direito fundamental à saúde, especificamente durante o período de pandemia que o Brasil está enfrentando, devido à COVID – 19.

Pretende-se demonstrar que a deficiente prestação estatal com relação

ao direito fundamental à saúde também está acontecendo em virtude de práticas corruptivas em sua prestação. O problema da pesquisa: A deficiente prestação estatal, com relação a prestação do direito fundamental à saúde durante a pandemia de COVID-19, acontece devido às práticas de corrupção na saúde pública?

Para responder a questão o artigo foi elaborado em três tópicos. No primeiro, sem possibilidade de esgotar o assunto, far-se-á a abordagem do direito fundamental à saúde, conceituando-o e abordando o seu regime legal no Brasil. No segundo tópico, de forma geral, abranger-se-ão algumas situações, dados referentes a práticas de corrupção na saúde, para finalmente, abordar práticas de corrupção que estão acontecendo e seus efeitos negativos, justamente quando o Brasil enfrenta a pandemia de COVID-19. E, para exemplificar, são expostas situações de denúncia por práticas de corrupção, em alguns estados brasileiros diante da pandemia de COVID-19, que foram publicizadas por órgãos oficiais. O método escolhido para este estudo é o dedutivo, como técnica de pesquisa utiliza-se da documentação indireta.

## **O Direito Fundamental à Saúde**

O conceito de saúde e a posição do Estado diante deste direito passaram por grandes alterações ao longo da história da humanidade. Durante muito tempo, a saúde foi concebida apenas como ausência de doenças. No decorrer do processo histórico constatou-se que este conceito negativo de saúde, de forma isolada, não é capaz de proporcionar uma vida com qualidade. Tem-se, então, uma ampliação da noção de saúde para abranger uma dimensão positiva, incumbindo ao Estado e à sociedade a tarefa de concretizar efetivamente este direito fundamental. (ROCHA, 2011, p. 79)

A Organização Mundial da Saúde (OMS) traz em seu preâmbulo os princípios e objetivos que são perseguidos pelas nações signatárias em relação ao direito fundamental à saúde. Conceitua a saúde como sendo um estado de completo bem-estar físico, mental e social, que não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Os Estados aderentes, dentre os quais está o Brasil, desde 1946, passam a compreender a saúde de forma ampla ao buscarem tanto a cura de doenças, como os meios eficazes de sua prevenção para o completo bem-estar do ser humano, atrelada a uma melhor qualidade de vida. (OMS, 1946, <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>).

Nas palavras de Oliveira (2015, p. 15-27), o direito à saúde, é compreendido como um direito fundamental social previsto no rol do art. 6º da Constituição Federal cujo objetivo é a melhoria de vida da população, por meio da prestação de políticas públicas. Sarlet (2014, p. 320) lembra que além de uma significativa e abrangente regulamentação na esfera infraconstitucional com relação ao direito à saúde, destacam-se as leis que dispõem sobre a organização e benefícios do Sistema Único de Saúde (SUS) e, o fornecimento de medicamentos.



Em uma leitura dos artigos 196 a 200 da Constituição Federal é perceptível que, com relação à sua positivação, está-se diante de normas de cunho programático (impositivo), estando enunciado que, conforme artigo 196, a saúde é direito de todos e dever do Estado, além de impor aos poderes públicos uma série de tarefas nesta seara, como o de promover políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outras complicações.

Da mesma forma, estabelece o acesso universal e igualitário às ações e prestações nesta esfera. Em um segundo momento, a Constituição remete a regulamentação das ações e serviços de saúde ao legislador (art.197), além de criar e fixar as diretrizes do Sistema Único de Saúde, conforme artigo 198. Ainda, no artigo 199, oportuniza-se a participação, em nível complementar da iniciativa privada na prestação de assistência à saúde. Rocha (2011, p. 83) complementa que a saúde é um direito fundamental que desfruta de todas as especificidades e garantias inerentes a esta condição. Faz parte do elenco dos direitos sociais, notadamente dos direitos sociais prestacionais, exigindo prestações fáticas ou materiais por parte do Estado.

## **Práticas de Corrupção na Prestação do Direito Fundamental à Saúde No Brasil**

No próximo ponto da presente pesquisa serão abordadas algumas situações de práticas de corrupção que acontecem na área da saúde, publicizadas por órgãos oficiais brasileiros. A deficiente prestação de políticas públicas relacionadas ao direito fundamental à saúde está relacionada, diretamente, às práticas corruptivas, pois, à luz da análise de Catlett e Grion (2015, <http://www.lecnews.com>), o setor movimentava valores gigantescos cerca de três trilhões de dólares mundialmente por ano e está sujeito a diversas fraudes, como comissões ilegais para encaminhamento de pacientes, notas superfaturadas, falsificação de registros e assinaturas, solicitação de equipamentos e produtos – como o famigerado caso das próteses – desnecessários, e, o mais comum, requisições falsas – faturas de serviços não prestados ou excessivos. No Brasil, os casos de corrupção envolvendo o setor são sofisticados a ponto de utilizarem quase toda a estrutura governamental existente. Além do pagamento a médicos, existem supostos pagamentos a fiscais, subsídios desviados, licitações fraudadas, liminares judiciais utilizadas para obrigar instituições governamentais a pagar por procedimentos desnecessários.

O pagamento de propina a médicos, também não é novidade, tampouco é uma prática exclusiva no Brasil. São inúmeras as situações em que estão presentes as denominadas “*máfia da saúde*” que superfaturam cirurgias cobertas e garantidas pelo SUS. Situações de compra de remédios e medicação com valor superfaturado, medicação experimental e até desnecessária. Pode-se cotar, também, a “*máfia dos laboratórios*” que, muitas vezes, por meio da judicialização da saúde, colocam remédios experimentais no mercado. Sem esquecer-se de

licitações de medicações realizadas de forma fraudulenta.

Um relato desolador e preocupante contido no documento elaborado pelo Centro Brasileiro de Estudos da Saúde (CEBES), do Distrito Federal, publicado em março de 2010, com o nome Dossiê Corrupção na Saúde (Núcleo DF), (CEBES, 2010. <<http://cebes.org.br>) argumenta que o sucateamento e a consequente desconstrução do SUS, alimenta práticas corruptivas. Por outro lado, a chamada terceirização, juntamente com os investimentos não efetivados, permite gerar superávits que têm sido desviados para a corrupção. Com frequência a terceirização é feita à revelia da Lei de Licitações, permite a negociação de contratos e o superfaturamento que facilitam o suborno e a cobrança de propina. Para piorar a situação, a referida negociação de contratos permitiria, de acordo com o tal documento, de forma satisfatória, dotar os serviços públicos de condições para vir a realizar as ações de saúde, caso os investimentos fossem dirigidos para o setor público.

## **Práticas de Corrupção na Saúde na Pandemia de Covid-19**

Atualmente, diante da Pandemia de COVID-19 são publicizados escândalos de corrupção que envolvem a administração da saúde em vários estados brasileiros. Para exemplificar, vamos situar o leitor com relação ao que é a pandemia de COVID-19, para em um segundo momento exemplificar as práticas corruptivas que estão acontecendo, já publicizadas pela grande mídia do país.

Nas lições de Lana (2020, <https://www.scielo.br/scielo>), Coronavírus são RNA vírus causadores de infecções respiratórias em uma variedade de animais, incluindo aves e mamíferos. Sete tipos de Coronavírus são reconhecidos como patógenos em humanos. Os Coronavírus sazonais estão geralmente associados às síndromes gripais. Nos últimos 20 anos, dois deles foram responsáveis por epidemias mais virulentas de síndrome respiratória aguda grave (SRAG). A epidemia de SARS que emergiu em Hong Kong (China), em 2003, com letalidade de aproximadamente 10% e a síndrome respiratória do Oriente Médio (MERS), que emergiu na Arábia Saudita em 2012, com letalidade de cerca de 30%. Ambas fazem parte da lista de doenças prioritárias para pesquisa e desenvolvimento no contexto de emergência.

O Novo Coronavírus, denominado SARS-CoV-2, causador da doença COVID-19, foi detectado em 31 de dezembro de 2019 em Wuhan, na China. Em 09 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) confirmou a circulação do Novo Coronavírus. No dia seguinte, a primeira sequência do SARS-CoV-2 foi publicada por pesquisadores chineses. Em 16 de janeiro, foi notificada a primeira importação em território japonês. No dia 21 de janeiro, os Estados Unidos da América reportaram seu primeiro caso importado. Em 30 de janeiro, a OMS declarou a epidemia uma emergência internacional (PHEIC). Ao final do mês de janeiro, diversos países já haviam confirmado importações de caso, incluindo Estados Unidos da América, Canadá e Aus-

trália. No Brasil, em 07 de fevereiro, havia 09 casos em investigação, mas sem registros de casos confirmados.

Até o dia vinte de outubro de 2020 (GLOBO, <<https://www.google.com>. 2020) foram registrados, em um levantamento de secretarias estaduais da saúde 154.327 (cento e cinquenta e quatro mil e trezentos e vinte e sete) mortes provocadas pela COVID-19. Com a pandemia, começam a ser publicizadas, além das suas mortes, escândalos envolvendo corrupção, (AGÊNCIA O GLOBO, 2020) justamente neste período tão difícil que o Brasil atravessa. No Rio de Janeiro, por exemplo, veio a público, com a prisão de um dos principais suspeitos, a investigação que apura um esquema que planejava e explorava superfaturamentos em compras e serviços contratados em caráter emergencial na área de saúde. Até mesmo os hospitais de campanha para tratamento de pacientes com a COVID-19, entraram na mira dos fraudadores, que, de acordo com o Ministério Público do Rio de Janeiro, teriam causado um prejuízo de quase R\$ 700 milhões aos cofres públicos nos últimos oito anos.

Em uma ação batizada de *Operação Mercadores do Caos*, a Polícia Civil do Rio de Janeiro prendeu, no dia treze de maio de 2020, um empresário que é suspeito de participar, por meio de sua empresa, de um esquema criminoso de contratos fraudulentos sem licitação para compra de respiradores pelo Governo do Estado. Os aparelhos atenderiam pacientes com o novo Coronavírus. De acordo com a investigação, o Governo do Rio de Janeiro comprou mil respiradores, dos quais só foram entregues 52. O custo foi de R\$ 183,5 milhões. Os ventiladores mecânicos, porém, não servem para atender doentes acometidos pela COVID-19. No total, o Palácio Guanabara desembolsou R\$ 33 milhões a outras duas empresas que são alvos da operação. (BRUNO, 2020)

Nos meses de abril e maio, foi dado início à operação Dispneia, que conta com a parceria entre Ministério Público Federal, Polícia Federal e Controladoria-Geral da União, com o objetivo das investigações é de apurar irregularidades na compra de 150 ventiladores pulmonares em Fortaleza, no Estado do Ceará, que seriam utilizados para tratar pacientes em estado grave infectados com a COVID-19. Conforme relatado pela CGU, há indícios de conluio entre empresas, de sobrepreço dos equipamentos vendidos e de pagamentos feitos à empresa antes da exigência de garantia. Os contratos sob investigação foram realizados pela Secretaria de Saúde de Fortaleza e por hospital da rede municipal, e somam 34,7 milhões de reais, sendo 22,1 milhões pagos sem garantia dada pela empresa. De acordo com análises de preços, o prejuízo financeiro pode chegar a 25,4 milhões de reais. (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2020)

Ainda, no Estado do Amazonas, o Ministério Público de Contas estadual iniciou investigação cujo objeto era a compra de 28 respiradores pulmonares destinados à rede pública de saúde, em que houve a suspeita de superfaturamento dos preços. O custo geral da aquisição foi de R\$ 2,9 milhões,

estabelecendo-se que cada unidade teve um custo que variava entre R\$ 106 mil a R\$ 200 mil. De acordo com o Procurador Geral do órgão que lidera das investigações, no âmbito federal, são adquiridos respiradores pelo valor de R\$ 57.300, ou seja, quase metade do preço supostamente pago pelo Estado do Amazonas. O governo estadual, por sua vez, informou que a elevação dos preços dos respiradores se deu por conta da pandemia (G1, 2020)

O Ministério da Saúde não ficou de fora desses escândalos. As variações de preço chegam a ser até 185% acima do preço de mercado desses bens para suprir as necessidades federais, estaduais e municipais. Uma análise feita em 34 contratos emergenciais assinados pelo órgão desde o início da crise do Coronavírus, mostra que são desembolsados valores diferentes para empresas diferentes na compra de materiais com a mesma descrição técnica. As maiores variações encontradas foram nos preços de sapatilhas para profissionais da saúde e álcool em gel. Além disso, valores de aventais, luvas, toucas e máscaras também foram comprados com variações muito altas. Alguns exemplos de variação de preços são: em um contrato, efetuou-se a compra de 500 mil máscaras cirúrgicas a R\$ 0,96. Em outro, houve a aquisição de 20 milhões a R\$ 2,08 cada. Da mesma forma ocorreu com as sapatilhas, pelas quais o Ministério da Saúde pagou R\$ 0,07 por cada par em uma compra em 02 de março, antes da declaração de pandemia. Após menos de um mês, foi assinado um contrato com outra empresa, pagando-se R\$ 0,20 pelo mesmo produto. A flexibilização das exigências segue a lógica, no sentido, de se buscar maior celeridade diante da urgência do cenário. Dessa forma, deixa-se, por exemplo, de exigir concorrência entre empresas e há maior flexibilização dos preços. E, além disso, diante do cenário da pandemia, há uma natural desmobilização da sociedade civil e menos fiscalização da imprensa, ambas mais preocupadas e pautadas com os efeitos da crise sanitária. O resultado desses fatores reunidos é a tendência de um aumento nos escândalos de corrupção na pandemia. (SPERANDIO, 2020)

Com o avanço da pandemia do Coronavírus, há um aumento no gasto estatal para tentar combater a doença. Ocorre que, em virtude de flexibilizações de regras para licitações e compras por parte de estados, municípios e união, a probabilidade de corrupção, fraudes e a má alocação de recursos aumenta significativamente. Afinal, se com todas as regras em vigor o Brasil já registra uma alta percepção de corrupção, é previsível o que acontece sem elas.

Na prestação do direito fundamental à saúde, o mais importante é garantir que o sistema como um todo, funcione adequadamente. Para isso é necessário institucionalizar medidas que criem uma cultura de eficiência e probidade na gestão da saúde (SARLET, 2017, p. 265). A maximização da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais dependem, significativamente, da otimização do direito fundamental a uma administração que seja proba e moralmente vinculada (SARLET, 2015, p. 476).

Na prestação da saúde, de forma direta ou indireta, deve o Estado atuar

sempre com eficiência e estar orientado por outros princípios constitucionais e direitos fundamentais de defesa do indivíduo. Combater corrupção e aprimorar a boa gestão é fundamental para garantir o direito fundamental à saúde, a sua satisfatória prestação, especialmente em situações emergenciais, como a que o Brasil está enfrentando na atualidade, com a pandemia de COVID-19.

## Considerações Finais

A corrupção enquanto realidade nacional está, nos últimos anos, no centro do debate político, como também econômico no Brasil. E, com relação à má gestão na saúde pública, também se pode afirmar que ela está relacionada com a deficiência da prestação deste direito fundamental, pois, além da corrupção, muitos recursos não são devidamente aproveitados, sendo até, desperdiçados.

As práticas de corrupção trazem efeitos nefastos, pois ocorrem desvios de recursos que deveriam ser investidos com probidade na área da saúde. São valores vultosos que acabam sendo desviados, e que, se bem investidos, garantiriam este importante direito fundamental. A área da saúde encontra-se totalmente suscetível a tais situações. Daí a importância da prevenção, controle e combate às práticas de corrupção na saúde, para que sejam possíveis mais recursos e investimentos que resultem em boa prestação a este direito fundamental social.

Os gestores públicos que estão à frente da administração envolvendo a saúde pública devem ter formação técnica, noções contábeis e de organização, adotando-se boas práticas de governança na saúde. Além disso, a corrupção deve ser combatida de forma efetiva, uma vez que o sistema jurídico brasileiro possui leis penais, civis e administrativas que, se aplicadas com rigor e efetividade, combaterão as práticas de corrupção.

## Referências

AGÊNCIA O GLOBO. **Prejuízo com fraude em hospitais de campanha no RJ pode chegar a R\$ 700 milhões:** Grupo é acusado de superfaturar contratos de compras e serviços contratados em caráter emergencial durante a pandemia de coronavírus. 15.05.2020. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/prejuizo-com-fraude-em-hospitais-de-campanha-no-rj-pode-chegar-a-r-700-mi/>>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRUNO, Cássio. Empresário é preso suspeito de fraude na compra de respiradores no Rio. **Revista Veja**. 13 mai. 2020. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/empresario-e-presosuspeito-de-fraude-na-compra-de-respiradores-no-rio/>>. Acesso em: 20 out. 2020.

CATLETT, Cynthia; GRION, Bruno Marques. **Corrupção no setor de saúde:** um grande desafio na perspectiva de três grandes países. 2015. Disponível em: <<http://www.lecnews.com/artigos/2015/02/25/corruptao-no-setor-de-saude-um-grande-desafio-na-perspectiva-de-tres-grandes-paises/>>. Acesso em: 20 out. 2020.

CEBES - Centro Brasileiro de Estudos da Saúde. **A desconstrução do SUS**

**alimenta a corrupção no DF.** 2010. Disponível em: <<http://cebes.org.br/site/wp-content/uploads/2013/10/desconstrucao.pdf>>. Acesso em 20 out. de 2020.

**CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. CGU, MPF e PF apuram irregularidades na Secretaria de Saúde de Fortaleza, CE.** Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2020/05/cgu-mpf-e-pf-apuram-irregularidades-na-secretaria-de-saude-de-fortaleza-ce>> Acesso em 20 out. 2020.

**GLOBO.COM. Casos de coronavírus e número de mortes no Brasil em 20 de outubro de 2020.** Disponível em: <<https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=n%C3%BAmero+de+mortes+por+Covid+no+Brasil+20+de+outubro+de+2020.>> Acesso em: 20 out. 2020.

**G1 GLOBO. Após denúncias, Ministério Público de Contas do AM investiga se houve superfaturamento em compra de respiradores para rede pública.** 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2020/04/21/apos-denuncias-ministerio-publico-de-contas-do-am-investiga-se-houve-superfaturamento-em-compra-de-respiradores-para-rede-publica.ghtml>> Acesso em 20 out. 2020.

LANA, Raquel Martins; COELHO, Flávio Codeço; GOMES, Marcelo Ferreira da Costa; CRUZ, Oswaldo Gonçalves; BASTOS, Leonardo Soares; VILLELA, Daniel Antunes Maciel; CIDEÇO, Cláudia Torres. **Emergência do novo coronavírus (SARS-CoV-2) e o papel de uma vigilância nacional em saúde oportuna e efetiva.** Cad. Saúde Pública, 2020. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2020000300301](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2020000300301). Acesso em: 20 out. 2020.

OLIVEIRA, Heletícia de. **Direito fundamental à saúde, ativismo judicial e os impactos no orçamento público.** Curitiba: Juruá, 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)**, 1946. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 20 out. 2020.

ROCHA, Eduardo Braga. **A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil.** São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais a prestações sociais e crise:** algumas aproximações. Espaço Jurídico, v. 16, n.2, jul/dez. 2015, Joaçaba, Universidade do Oeste de Santa Catarina.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 4. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

\_\_\_\_\_. Saavedra, Giovanni Agostini. Judicialização, Reserva do Possível e Compliance na área da Saúde, em **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 18, n.1, jan/abr 2017, Vitória, Faculdade de Direito de Vitória.

SPERANDIO, Luan. **Ideias radicais:** 6 casos de corrupção em meio à pandemia. 2020. Disponível em: <https://ideiasradicais.com.br/corrupcao-em-meio-a-pandemia/>. Acesso em: 20 out. 2020.

# A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO À LUZ DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO: DESAFIOS E (IM) POSSIBILIDADES DA JUSTIÇA INTERNACIONAL

**Edneyse Coelho do Nascimento da Cruz**

Mestranda em Direito Internacional Público e Europeu. Universidade de Coimbra

## **Resumo:**

O Direito Internacional Humanitário contempla as regras de convivência, os direitos dos grupos e indivíduos e as obrigações internacionais (dirigidas sobretudo aos Estados), com o fim de assegurar a proteção dos Direitos Humanos. Tais obrigações podem traduzir-se na obrigação de adoção de determinada conduta positiva ou negativa e encontram-se previstas em instrumentos normativos de alcance reduzido (nos sistemas europeu, interamericano e africano) ou tendencialmente universais como sucede no âmbito da Organização das Nações Unidas. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção impõe uma série de obrigações aos Estados com vista à repressão de atos corruptos nos setores público e privado. Embora constituindo atos de pessoas físicas podem acarretar a responsabilidade internacional do Estado a que pertencem. O presente estudo pretende analisar as circunstâncias da sua afirmação, seguindo de perto o Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional do Estado por factos ilícitos.

**Palavras-chave:** Corrupção; Responsabilidade Internacional do Estado; Justiça Internacional; desafios.

## **Introdução**

O conceito de corrupção é um conceito sujeito a diferentes conotações contextuais. Em face do seu caráter volátil, multifacetado e complexo, não existe uma definição universalmente aceite entre os académicos e os diferentes sistemas legais. Desde logo, o conceito é profundamente influenciado por questões socioculturais que divergem no tempo e no espaço. Adicionalmente, o conceito engloba uma diversidade de atos, cuja natureza e respetivas consequências punitivas divergem de sistema para sistema. Finalmente, estes atos podem ser praticados em qualquer setor da sociedade (público ou privado) e

produzem amiúde efeitos (erodentes) que transcendem o setor em que o mesmo é praticado. Deste modo, o fenómeno “corrupção” pode ser apreendido sob vários enfoques, desde o moral ao jurídico<sup>1</sup>, sendo que apenas o último merecerá a nossa atenção.

Sob a perspectiva jurídica, pretendemos evidenciar o carácter desviante do comportamento corrupto, a implicar destarte a violação de regras formais impostas nas leis, nos códigos (penal ou deontológico) ou ainda, nos procedimentos administrativos e que, por isso, se busca a responsabilização civil ou criminal do seu autor. Não há dúvidas que comportamentos como o suborno de funcionários públicos, o tráfico de influências, o enriquecimento ilícito, a obstrução de justiça, o abuso de funções ou o desvio de bens são por natureza factos de pessoas físicas (geralmente em condições de proporcionar “trocas” de vantagens, títulos monetários, etc., no interesse próprio ou de terceiros<sup>2</sup>). Não obstante, são práticas que ameaçam o saudável desenvolvimento de uma sociedade e impossibilitam sobremaneira a consecução dos objetivos comuns propugnados pela comunidade internacional como um todo, atendendo a crescente globalização e conseqüente interdependência económico-social e política entre os seus membros.

O reconhecimento dos efeitos transnacionais da corrupção fez com que a comunidade internacional buscasse uma abordagem penal mais próxima quanto possível, através da adoção de convenções multilaterais com alcance regional e universal, ao mesmo tempo que impõe obrigações aos seus membros com vista à prevenção, repressão e minimização dos efeitos negativos de práticas corruptas nos setores visados. Neste aspeto, constituiu um marco relevante a entrada em vigor da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção em 2005, enquanto o único instrumento jurídico vinculante a nível global.

Quando a atitude adotada por um Estado não coaduna com o estabelecido nos acordos ou tratados subscritos pelo mesmo, este pode ser chamado a responder perante a ilicitude em causa. A esta nova relação jurídica estabelecida em virtude da prática de um facto ilícito (seja ato ou omissão) designa-se *responsabilidade internacional*, e tem por intuito o restabelecimento da ordem

1 A respeito dos múltiplos contextos em que o estudo sobre o fenómeno pode incidir, vide *inter alia* VIAN, Taryn. *Anti-corruption, transparency and accountability in health: concepts, frameworks, and approaches*. Global Health Action, vol. 13, 2020, disponível em <<https://doi.org/10.1080/16549716.2019.1694744>>; PIMENTA, Maria da Encarnação. *Assédio, bajulação, alta corrupção, branqueamento de capitais e impunidade*. Barbosa & Filhos, Lda, 2019. ISBN 978-98-98558-72-3; FIGUEIREDO, Eduardo António da Silva. *O princípio anticorrupção e o seu papel na defesa e efetivação dos direitos humanos*. Jundiaí: Editora In House: Editora Brasília, 2019. JANUÁRIO, Rui. *A corrupção e o Estado*. 1ª ed., Lisboa: Edições Vieira da Silva, 2018; BUSCHMANN, Rafael. *Football leaks: revelando os negócios obscuros por trás do jogo*. 1ª ed., Lisboa: Planeta Manuscrito, 2019; BREI, Zani Andrade. *Corrupção: dificuldades para definição e para um consenso*. Rio de Janeiro, Revista de Administração Pública, vol. 30, n.1, pp. 64-77, 1996, disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8128/6943>>.

2 Cfr. SOUSA, Luís de. *Corrupção*. Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2016, pp. 7-12.



violada, mormente por via da reparação. O presente artigo propugna a sua análise, quando esteja em causa a violação de obrigações internacionais prescritas na supracita convenção.

## **Diplomas legislativos anticorrupção**

Atualmente, a corrupção é o crime que mais negativamente afeta a democracia. De facto, este coloca sérios problemas à governação dos Estados, aos seus sistemas de Justiça e às suas economias, na medida em que põe em causa a confiança dos parceiros e dos próprios cidadãos nas instituições, constitui um entrave à liberdade de concorrência e ao eficiente funcionamento do mercado e um obstáculo ao direito à livre atuação económica, além de questionar os fundamentos morais da sociedade.

A repressão de delitos com esta dimensão internacional faz-se, nomeadamente, por via legislativa aos níveis interno e internacional. Por esta via pretende-se a tipificação criminal da conduta, a definição das consequências jurídicas da sua adoção, a previsão de medidas de carácter técnico, político, económico ou social para a sua prevenção e controlo.

### ***A nível interno***

Em muitos ordenamentos jurídicos, as práticas de corrupção são consideradas crime (elas abrangem o suborno, o conluio, o desvio de fundos públicos, a fraude, a extorsão, o tráfico de influências, o enriquecimento ilícito, a obstrução de justiça, etc).

A título exemplificativo, os artigos 452.º e 454.º do Código Penal da República Democrática de São Tomé e Príncipe preveem a corrupção passiva e ativa respetivamente, como crimes cometidos no exercício de funções públicas (capítulo IV). As mesmas figuras foram previstas nos artigos 373.º e 374.º do Código Penal português; nos artigos 432.º, n.º 11 e 433.º, n.º 1 do Código Penal francês; no artigo 333.º (corrupção ativa) do Código Penal brasileiro. Outras medidas legislativas anticorrupção assumiram a forma de leis avulsas, v.g. a Lei n.º 34/87, de 16 de Julho (que define os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos) e a Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril (sobre o novo regime penal de corrupção no comércio internacional e no setor privado) em Portugal, a Lei n.º 2016-1691 de 9 de Dezembro de 2016 sobre transparência, luta contra a corrupção e modernização da vida económica em França e a Lei n.º 12.846, de 1 de Agosto de 2013 (ou também conhecida como a Lei Anticorrupção) no Brasil.

### ***A nível internacional***

Do ponto de vista internacional, a atividade legislativa pode ter um alcance regional ou global.

No primeiro caso, tratam-se de normas jurídicas concebidas pelos siste-

mas regionais de proteção de Direitos Humanos, mormente o europeu (*n.g.* a Convenção de Luta contra Atos de corrupção nos quais estejam envolvidos funcionários das Comunidades Europeias ou de Estados membros da União Europeia, de 26 de Maio de 1997; o *Corpus Juris* de 2000, onde constam disposições penais para a proteção dos interesses financeiros da União Europeia<sup>3</sup>; a Convenção de Direito Penal contra a corrupção, de 27 Janeiro de 1999, firmado pelos países integrantes do Conselho da Europa e outros Estados signatários da Convenção; a Convenção de Direito Civil sobre corrupção do Conselho da Europa, de 4 de Novembro de 1999<sup>4</sup>; a Convenção relativa à proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias, de 26 de Julho de 1995, complementada ao longo dos anos por uma série de protocolos, dentre os quais se destaca Protocolo Adicional de 21 de Setembro de 1996, direcionado à luta contra os atos de corrupção em que estejam implicados funcionários, tanto nacionais como comunitários, e que lesem ou sejam suscetíveis de lesar os interesses financeiros das Comunidades Europeias<sup>5</sup>); o interamericano (cite-se a Convenção da Organização dos Estados Americanos contra a corrupção, de 29 de Março de 1996) e o africano (cfr. a Convenção Africana sobre Prevenção e Combate à Corrupção, de 11 de Julho de 2003, ratificada pela maioria dos Estados membros da União Africana).

No segundo caso, está em causa a atividade normativa promovida no âmbito de organizações de cariz internacional. Podemos citar a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003; a Declaração de Arusha sobre Cooperação e Integridade Aduaneira, celebrada na Tanzânia, em 7 de Julho de 1993, sob a coordenação da Organização Mundial do Comércio (OMC)<sup>6</sup>; o Código sobre Boas Práticas de Transparência em Políticas Monetárias e Financeiras, de 26 de Setembro de 1999 do Fundo Monetário Internacional (FMI)<sup>7</sup>; as Resoluções n.º 50/106, de 20 de Dezembro de 1995, 51/191, de 16 de Dezembro de 1996, e 53/176, de Janeiro de 1999 da ONU

3 O artigo 5.º tipifica os atos de corrupção (ativa ou passiva) dos oficiais nacionais ou comunitários, enquanto ofensas criminais lesivas dos interesses financeiros da União e seus membros). Encontra-se disponível em <[https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/corpus\\_juris\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/corpus_juris_en.pdf)>.

4 Nos termos do qual os Estados partes devem adotar medidas legislativas em prol daqueles que tenham sofrido danos como resultado de atos de corrupção, permitindo a defesa de seus direitos, incluindo a possibilidade de compensação pelos danos sofridos.

5 O Protocolo coíbe a participação de agentes públicos em fraudes fiscais, falsificações, desvios ou retenções indevidas de fundos.

6 Um instrumento legislativo contra a corrupção pública e privada na área aduaneira. Estatuiu, dentre outras medidas, a necessária rotatividade entre os funcionários das alfândegas, a existência de critérios rígidos e objetivos de seleção, a redução da esfera de discricionariedade de tais agentes, o pagamento de remuneração compatível com a importância do cargo e a existência de mecanismos efetivos de controlo, em especial no plano disciplinar.

7 O qual sugere práticas com o fim de aumentar a transparência e diminuir a corrupção, como por exemplo, o acesso pelos cidadãos às informações financeiras do poder público; a imperativa publicidade das decisões relacionadas à política financeira; transparência no exercício da função pública e a definição de responsabilidades e objetivos dos Bancos Centrais, etc.

que veicularam medidas de combate à corrupção nas transações internacionais; a Resolução nº 51/59, de Janeiro de 1997 da Assembleia Geral das Nações Unidas que veiculou um Código de Conduta para os funcionários públicos.

Outras medidas passaram pela criação de organismos de monitorização do cumprimento dos respetivos instrumentos legislativos ratificados pelos Estados membros (é o caso do Grupo de Estados contra a Corrupção ou *Group of States against Corruption* (GRECO) em inglês, criado pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, através da Resolução (98)7 de 5 de Maio de 1998; ou do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), que atua como o guardião da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e desenvolveu um programa denominado “Programa Global contra a Corrupção”, com os objetivos de contribuir para o fortalecimento dos mecanismos de controlo, a elaboração de políticas nacionais anticorrupção e a promoção de transparência e responsabilidade internacional<sup>8</sup>). Estas medidas, ao lado das providenciadas no âmbito legal, permitirão alcançar resultados complementares.

Igualmente, importa notar o trabalho desenvolvido pela *Transparency international*, uma ONG sediada em Berlim que ajuda os Governos e a comunidade civil no combate à corrupção, através de prestação de serviços jurídicos, campanhas e pesquisas e que desde 1995 analisa os níveis de corrupção no setor público de 180 países, pontuando-os de 0 (percecionado como muito corrupto) a 100 (muito transparente)<sup>9</sup>.

## **A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (*United Nations Convention Against Corruption* (UNCAC) em inglês) foi criada a 31 de Outubro de 2003 e assinada por mais de 110 países em 9 de Dezembro do mesmo ano (data que ficou mundialmente conhecida como o Dia Internacional contra a Corrupção). Após atingir o número mínimo de ratificações, entrou em vigor em 14 de Dezembro de 2005. Atualmente, possui a assinatura de mais de 140 Estados e foi ratificada por mais de 80.

Como refere o artigo 3.º, n.º 1, a UNCAC aplica-se à prevenção, investi-

---

8 Em Setembro de 2011, o UNODC lançou o Portal TRACK (*Tools and Resources for Anti-Corruption Knowledge*). Este portal inclui matérias jurídicas e não jurídicas relativas à luta contra a corrupção e à recuperação de ativos, permitindo aos Estados membros da ONU, à comunidade anticorrupção e ao público em geral aceder a toda esta informação numa localização centralizada. O Pacto Global das Nações Unidas (iniciativa para empresas comprometidas em alinhar as suas operações e estratégias com os dez princípios universalmente aceites nas áreas dos direitos humanos, trabalho, meio ambiente e combate à corrupção) e o UNODC disponibilizam uma ferramenta conjunta de e-learning de combate à corrupção para o setor privado. Mais informações disponíveis em <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/convencao.html>>

9 Trata-se do Índice de Perceção da Corrupção (CPI). Para mais informações, consultar <<https://www.transparency.org/en/>>.

gação e instrução judicial da corrupção e do embargo preventivo, apreensão, confisco e restituição do produto dos delitos qualificados de acordo com a convenção. Ao se vincularem, os Estados membros comprometeram-se (perante as partes contratantes e perante a comunidade internacional) *u.g.* a estabelecer e aperfeiçoar uma legislação nacional compatível com os ditames da convenção, seguindo os critérios da equidade, da publicidade, da eficiência e da transparência; a desenvolver mecanismos adequados à repressão, prevenção e controlo da corrupção; a aprimorar as ferramentas de cooperação técnica, jurídica e policial para o rastreamento, bloqueamento e devolução de somas de dinheiro desviadas para o exterior; a promover a participação da sociedade civil na fiscalização de contas e em campanhas de prevenção; a promover o intercâmbio de informações no setor público e privado, nos termos dos artigos 5.º e ss da UNCAC.

## A Responsabilidade Internacional do Estado por factos ilícitos

As convenções são normalmente conhecidas pelo seu carácter juridicamente vinculativo, estando por isso associadas à suscetibilidade de mobilização de meios coercitivos perante o incumprimento das suas disposições (além de as suas regras gozarem de maior nível de densificação ou precisão visando garantir maior certeza e segurança jurídicas).

Considerando que o Direito Internacional recomenda aos Estados a resolução das suas controvérsias de maneira pacífica (isto é, prescindindo do uso da força nas relações interestaduais (artigo 2.º, n.º 4 e 33.º e ss da Carta das Nações Unidas (CNU)), as convenções preveem alguns procedimentos com este fim quando a atuação de uma ou algumas partes contratantes não recebem o acordo da(s) outra(s). Com efeito, a UNCAC prevê a resolução de toda a controvérsia relativa à sua interpretação ou aplicação mediante negociação (artigo 66.º, n.º 1) ou arbitragem (artigo 66.º, n.º 2). Se dentro de seis meses após a data da solicitação de arbitragem, os Estados membros em litígio não entrarem em consenso quanto à organização da arbitragem, os mesmos poderão remeter a controvérsia ao Tribunal Internacional de Justiça (TIJ), mediante solicitação apresentada nos termos do seu estatuto (artigo 66.º, n.º 2).

A negociação pode ser bilateral ou multilateral. No essencial, ela consiste em conversações e conduz à aceitação concertada ou à constatação do seu insucesso. Trata-se do mecanismo de resolução pacífica de conflitos de carácter não jurisdicional mais antigo<sup>10</sup>. Por outro lado, existem os mecanismos de resolução pacífica de conflitos de carácter jurisdicional, como é o caso da resolução arbitral ou jurisdicional (*vide* o TIJ<sup>11</sup>, o Tribunal Interamericano de

10 Cfr. DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain; DAILLER, Patrick. *Direito Internacional Público*. Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, pp. 844-846.

11 É o principal **órgão** jurisdicional da ONU (artigo 92.º da CNU e 1.º do Estatuto do TIJ) com sede em Haia (Holanda). É competente para julgar Estados mediante o seu consentimento (artigo 34.º ETIJ) e para emitir pareceres por solicitação de organismos

Direitos Humanos<sup>12</sup>, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos<sup>13</sup>, o Tribunal Africano dos Direitos Humanos<sup>14</sup>). Segundo Nguyen Quoc Dinh, Alain Pellet e Patrick Dailler, os procedimentos jurisdicionais destinam-se a resolver o conflito sobre a base do Direito e permitem impor uma solução às partes num conflito, podendo traduzir no exercício realizado por um órgão constituído pelas partes em cada litígio (arbitragem) ou assegurada por órgãos pré-constituídos de forma permanente e que procedem segundo um mecanismo pré-determinado (tribunal internacional)<sup>15</sup>.

Normalmente, a escolha do procedimento é discricionária, salvo os casos em que as partes do conflito tenham previamente se vinculado a adotar determinado procedimento, como vimos anteriormente.

Suponhamos que o Sr. A, de nacionalidade venezuelana, praticou atos de obstrução de justiça na Dinamarca (um dos países mais “limpos” do mundo no que concerne à corrupção no setor público<sup>16</sup>), tendo posteriormente regressado ao seu país de origem. Trata-se de um delito qualificado na UNCAC (no artigo 25.º) e por conseguinte, de uma prática que todos os Estados membros se vincularam a penalizar. Por outro lado, trata-se de um delito relativamente ao qual admite-se a extradição do suposto autor nos termos do artigo 44.º da UNCAC. A respeito, a UNCAC assinala o seu valor regulativo supletivo, perante a ausência de um acordo de extradição entre os Estados envolvidos (artigo 44.º, n.º 5), o que significa que a presente disposição é o fundamento jurídico bastante para o Estado dinamarquês prosseguir com o

---

autorizados a fazê-lo pela CNU (artigo 96.º) e pelo seu Estatuto (artigo 65.º).

- 12 Está sediado em São José (Costa Rica) e faz parte do sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos. É competente para examinar casos que lhe sejam apresentados pelos Estados Partes e pela Comissão (desde que estes casos tenham sido previamente analisados pela Comissão) e emitir pareceres sobre a interpretação dos instrumentos interamericanos de Direitos Humanos a pedido destes últimos (artigos 61.º e 64.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969).
- 13 Foi criado com o intuito de assegurar o respeito pelos compromissos que resultam da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e seus protocolos, sendo competente para receber petições dos Estados parte da referida convenção, qualquer pessoa singular, ONGs ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Estado Parte dos direitos reconhecidos na respetiva convenção e seus protocolos (artigos 33.º e 34.º da CEDH). Também pode emitir pareceres a pedido do Comité de Ministros (artigo 31.º, al. b da CEDH).
- 14 Nos termos do artigo 5.º do Protocolo sobre a Criação de um Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos de 1998, este tribunal pode apreciar as causas relativas à interpretação e aplicação da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, do Protocolo e de qualquer outro instrumento pertinente de direitos humanos ou outro ratificado pelos Estados membros, que lhe sejam submetidas pela Comissão Africana; Estados Partes que tenham apresentado ou contra quem tenha sido apresentada uma queixa à Comissão; o Estado Parte cujo cidadão seja vítima de uma violação de direitos humanos; organizações intergovernamentais africanas; ONGs com estatuto de observador junto da Comissão e indivíduos, desde que o Estado tenha reconhecido esta competência (art.º 34.º, n.º 6). Tem a sua sede em Arusha (Tanzânia).
- 15 Cfr. DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain; DAILLER, Patrick. *Direito... cit.*, p. 880.
- 16 Segundo o **Índice** de Perceção de Corrupção relativo ao ano transato, promulgado pela *Transparency International*.

pedido de extradição do Sr. A para efeito de prossecução criminal. Se durante as negociações forem suscitadas questões relacionadas com aplicação ou o sentido interpretativo de alguma disposição da UNCAC aplicável ao conflito, os Estados poderão propor o recurso à arbitragem, ou em último caso, ao TIJ.

Se é verdade que os Estados se sentem inibidos de reportar violações dos deveres gerais assumidos no âmbito da luta contra a corrupção (como por exemplo, de criar mecanismos de responsabilização de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a Convenção (artigo 26.º da UNCAC)), dado o receio de constituir violação do princípio internacional de não ingerência nos assuntos internos de outro Estado, este sentimento é de certa forma minimizado quando apresentado sob o contexto de “litígio sobre a interpretação ou aplicação de normas da convenção”. Na verdade, estes constituem os casos mais apreciados pelos órgãos jurisdicionais internacionais e, que não raramente, culminam na afirmação da responsabilidade internacional de um Estado<sup>17</sup> e a correspondente obrigação de indemnizar.

Segundo o Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por fatos ilícitos<sup>18</sup>, a responsabilidade internacional do Estado é desencadeada pela prática de um facto internacionalmente ilícito (artigo 1.º), isto é, por uma conduta atribuível a um Estado, violadora de uma obrigação vigente para o mesmo Estado (artigo 2.º, al. *a* e *b*)<sup>19</sup>. Geralmente, a conduta (uma ação ou omissão voluntária) é atribuível a um Estado se se tratar de

---

17 Para a generalidade da doutrina (dentre os quais se inclui Anzilotti, Charles de Visscher, Alain Pellet, Armando Guedes, dentre outros), a responsabilidade internacional traduz a nova relação jurídica de caráter bilateral, estabelecida entre o Estado infrator e o Estado lesado, que coloca o infrator em face da alternativa de ter de cumprir voluntária ou compulsivamente o dever legal de reparar as lesões causadas, ao mesmo tempo que confere ao lesado todos os direitos, facultades, ou poderes correspondentes (v.g. de exigir a cessação da atividade em causa e uma indemnização pelos danos provocados). Cfr. GUEDES, Armando M. Marques. «Responsabilidade internacional». *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 19 (1950), p. 56-100, p. 57. ISSN 0870-337X; MELLO, Celso A. *Responsabilidade internacional do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 32; ALMEIDA, Francisco A. M. L. Ferreira de. *A responsabilidade do Estado por crimes internacionais*. Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra, Coimbra, pp. 11-12; PELLET, Alain. «The definition of responsibility in international law». *The law of international responsibility*. ed. por James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson, assistant editor Kate Parlett. Oxford University Press, 2013, pp. 6 e ss; MELO, Rubens Ferreira de. *Dicionário de Direito Internacional Público*. [Texto visual], Rio de Janeiro, 1962, p. 314.

18 Trata-se do projeto de artigos elaborado pela Comissão de Direito Internacional e aprovado pela mesma na sua 53ª sessão anual, a 9 de Agosto de 2001. O mesmo foi aprovado por resolução 56/82 da Assembleia Geral da ONU, de 12 de Dezembro de 2001. Disponível em <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/477/97/PDF/N0147797.pdf?OpenElement>>

19 Sobre a responsabilidade internacional do Estado, cfr. *inter alia* BAPTISTA, Eduardo Correia. *Direito Internacional Público – sujeitos e responsabilidade*, vol. II, Coimbra, 2004; *The Law of International Responsibility*. Ed. por James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson, assistant editor Kate Parlett. Oxford University Press, 2013.

uma conduta do órgão<sup>20</sup> desse Estado (artigo 4.º do Projeto), qualquer que seja a sua função (administrativa, legislativa, judiciária ou outra) ou de outros aspetos respeitantes à organização e funcionamento do aparelho estatal (*v.g.* posição na organização do estado, excesso de competência, contravenção de instruções)<sup>21</sup>.

Num segundo momento, a conduta atribuível ao Estado deve estar em desconformidade ou não corresponder com o que lhe é requerido pela obrigação internacional, seja qual for a origem ou natureza dela (artigo 12.º do Projeto), desde que o Estado estivesse vinculado pela mesma no momento em que o ato ocorre (artigo 13.º). À luz do caso ilustrado, constituiria exemplo de um facto internacionalmente ilícito a recusa infundamentada ou aleatória do pedido de extradição e do desencadeamento do processo de inquisição sobre o crime reportado (pelo Estado dinamarquês) por parte da autoridade venezuelana competente. Deste facto resultariam a obrigação de o Estado venezuelano cumprir a obrigação violada (artigo 29.º), de cessar o ato ilícito (a recusa ilegítima) se ele continua (artigo 30.º, al. *a*), de oferecer segurança e garantias apropriadas de não repetição (artigo 30.º, al. *b*) e correspondente direito do Estado dinamarquês de exigir o cumprimento da obrigação, a reparação de eventuais danos<sup>22</sup>, enquanto Estado lesado, isto é, enquanto Estado em relação ao qual a obrigação violada era individualmente devida (em razão de a pessoa que é objeto do pedido de extradição (o Sr. A) se encontrar no território venezuelano (artigo 44.º, n.º 1 da UNCAC e artigo 42.º, al. *a* do Projeto)).

Numa situação normal de invocação da responsabilidade internacional de um Estado, o Estado lesado teria de invocar a responsabilidade internacio-

---

20 Entendido como qualquer pessoa ou entidade que goze desse estatuto no direito interno desse Estado (artigo 4.º, n.º 2).

21 Excepcionalmente, a conduta de pessoas ou entidades que não possuam o estatuto de **órgão** de Estado ser-lhe-ão atribuíveis se: as mesmas puderem exercer *atribuições do poder público* (sempre que estejam agindo naquela qualidade na situação particular, artigo 5.º); estiverem a atuar de facto, por instrução ou sob direção ou controlo daquele Estado (artigo 8.º); estiverem de facto a exercer atribuições de poder público na falta ou na ausência de autoridade oficiais e em circunstâncias tais que requeiram o exercício daquelas atribuições (artigo 9.º); se tratar de um movimento de insurreição ou outro que for bem sucedido em estabelecer um novo Estado em parte do território de um Estado preexistente ou em um território sob sua administração (artigo 10.º, n.º 2); a conduta for reconhecida e adotada pelo Estado como sua própria, de acordo com o Direito Internacional (artigo 11.º).

22 Atualmente é comum o entendimento segundo o qual é possível acionar a responsabilidade internacional de um Estado independente da existência de um dano, patrimonial ou não patrimonial (ou moral). Aquele representa a quantificação do prejuízo que decorre do facto ilícito numa ótica de possível avaliação pecuniária. Este, são os prejuízos que não deixam de ser sentidos, não obstante o facto de não dizerem respeito a aspetos suscetíveis de avaliação em dinheiro, embora em sede de indemnização se possa arbitrar um valor pecuniário, numa mera equiparação que está sempre longe da verdade. Cfr. MOREIRA, Adriano. *Direito Internacional Público*. Universidade Técnica de Lisboa, 1983, pp. 144-145. Embora o Projeto não refira expressamente, o dano verificado deve ser “consequência normal” do facto ilícito praticado. Cfr. a respeito, GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Internacional Público*. 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2004, p. 732; BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público*. Coimbra editora, 2018, p. 474.

nal daquele, notificando-o de maneira que não restem dúvidas da receção da reclamação e especificando a conduta que o Estado infrator deveria observar para cessar o ato ilícito, bem como a forma de reparação que deveria tomar (artigo 43.º do Projeto), nomeadamente restituição (artigo 35.º), indemnização (artigo 36.º), ou satisfação (artigo 37.º), individualmente ou em combinação (artigo 34.º), consoante as circunstâncias do caso. Adicionalmente, o Estado lesado teria de demonstrar que não adotou qualquer medida discriminatória ou renunciou prévia ou posteriormente ao seu direito de reclamação (artigo 44.º e 45.º). Dado que o projeto não especifica os critérios de ordem formal da reclamação, resulta que ela pode assumir a forma de uma notificação não oficial e confidencial da necessidade de observação da obrigação ou sob a forma de uma notificação do início de um processo contencioso em tribunal, cabendo aos Estados e em complementar a certas organizações internacionais (regionais como a União Europeia, União Africana, Organização dos Estados Americanos, ou universais como a ONU) o papel de contribuir com os seus meios coercitivos para obrigar os Estados infratores a executar as obrigações que lhes incumbem em matéria de responsabilidade.

Um possível meio reativo seria a adoção de contramedidas, que visam obrigar um Estado a cessar a conduta ilícita, dada a inexistência de um monopólio internacional de coerção legítima. Podem traduzir-se no não cumprimento de uma obrigação ou mais obrigações que ligam o Estado lesado ao Estado infrator (medidas de auto tutela) ou em sanções aplicadas pelas Conselho de Segurança, pelo TIJ, nunca podendo pôr em causa a retoma do pretendido cumprimento (artigo 49.º, n.º 3).

## Considerações finais

Em função do desenvolvimento do Direito Internacional há um reforço das normas primárias, isto é, daquelas que regulam a conduta dos Estados nos diversos setores da vida em comunidade, como tivemos a oportunidade de ver. Não se verifica, porém, um reforço correlativo dos mecanismos de efetivação da responsabilidade dos Estados pela violação das suas obrigações internacionais (normas secundárias), embora a maior diversidade de normas primárias abstratamente correspondesse à maior probabilidade de os Estados incorrerem em responsabilidade. Veja-se, por exemplo, que o único repertório de normas secundárias de aplicação geral possui a forma de um *mero* projeto adotado sob a forma de recomendação da Assembleia Geral da ONU e, portanto, sem força vinculativa. Além disso, o Projeto carece do rigor sistemático e de precisão que uma convenção ostenta, pelo que urge a adoção de uma Convenção sobre a Responsabilidade Internacional do Estado. Enquanto a ação penal verificada no âmbito do direito interno é puramente individual e punitivo (pois não cancela nem repara os efeitos resultantes da conduta ilícita), a responsabilização civil do Estado efetivamente busca a restauração da ordem violada, ao mesmo tempo que é reforçado o entendimento segundo o



qual o Direito Internacional deve ser respeitado independentemente da existência de danos ou da natureza da norma jurídica violada.

Importa notar que, apesar de acolhidas pelos normativos dos diversos países, os acordos internacionais não são objeto de uma execução eficiente nas instituições mais propícias à corrupção (como os setores-chaves da função pública, *inter alia*, as autoridades fiscais e aduaneiras). Quando confrontados por uma situação de responsabilidade, os Estados preferem os meios não jurisdicionais de resolução de conflitos, pois gozam por esta via de maior liberdade e controlo sobre o seu desenvolvimento, pelo seu carácter sigiloso, informal e, nesta medida, menos constrangedor quando comparado com o procedimento litigioso que corre termos numa instância supraestadual e resulta na imposição de uma decisão obrigatória e definitiva. Entretanto, quando recorrem aos mecanismos contenciosos, raramente o fazem para a proteção dos Direitos Humanos em geral, ou da Democracia ou do Estado de Direito em especial. O que nos leva a sustentar que uma possível solução para o combate da corrupção passaria pelo alargamento da legitimidade processual ativa às pessoas físicas e morais de índole privada nas instâncias jurisdicionais competentes em cada sistema regional de proteção dos Direitos Humanos (como já se verifica sob certas condições no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e de forma muito restrita no Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos) e quiçá, a inclusão deste crime no elenco dos crimes julgados pelo Tribunal Penal Internacional (artigo 5.º do Estatuto de Roma).

## Referências

- ALMEIDA, Francisco A. M. L. Ferreira de. **A responsabilidade do Estado por crimes internacionais**. Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra, Coimbra.
- BAPTISTA, Eduardo Correia. **Direito Internacional Público – sujeitos e responsabilidade**, vol. II, Coimbra, 2004.
- BREI, Zani Andrade. **Corrupção: dificuldades para definição e para um consenso**. Rio de Janeiro, Revista de Administração Pública, vol. 30, n.1, pp. 64-77, 1996.
- BRITO, Wladimir, **Direito Internacional Público**, Coimbra editora, 2018.
- BUSCHMANN, Rafael. **Football leaks: revelando os negócios obscuros por trás do jogo**. 1ª ed., Lisboa: Planeta Manuscrito, 2019.
- DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain; DAILLER, Patrick. **Direito Internacional Público**. Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- FIGUEIREDO, Eduardo António da Silva. **O princípio anticorrupção e o seu papel na defesa e efetivação dos direitos humanos**. Jundiaí: Editora In House: Editora Brasília, 2019.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Internacional Público**. 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2004.

GUEDES, Armando M. Marques. «**Responsabilidade internacional**». **Boletim do Ministério da Justiça**, n.º 19 (1950), p. 56-100. ISSN 0870-337X.

JANUÁRIO, Rui. **A corrupção e o Estado**. 1ª ed., Lisboa: Edições Vieira da Silva, 2018.

MELO, Rubens Ferreira de. **Dicionário de Direito Internacional Público**. [Texto visual], Rio de Janeiro, 1962.

MELLO, Celso A. **Responsabilidade internacional do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

MOREIRA, Adriano. **Direito Internacional Público**. Universidade Técnica de Lisboa, 1983.

PELLET, Alain. «**The definition of responsibility in international law**». **The law of international responsibility**, ed. por James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson, assistant editor Kate Parlett. Oxford University Press, 2013.

PIMENTA, Maria da Encarnação. **Assédio, bajulação, alta corrupção, branqueamento de capitais e impunidade**. Barbosa & Filhos, Lda, 2019. ISBN 978-98-98558-72-3

SOUSA, Luís de. **Corrupção**. Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2016.

SOUSA DA CUNHA, Ricardo Alexandre; SERRA, Sara Alexandra da Eira; COSTA, Maria Manuela Oliveira. **Medidas de Combate à Corrupção em Portugal**. Tourism & Management Studies, vol. 2, 2013, pp. 693-705.

VIAN, Taryn. **Anti-corruption, transparency and accountability in health: concepts, frameworks, and approaches**. Global Health Action, vol. 13, 2020, disponível em <<https://doi.org/10.1080/16549716.2019.1694744>>.

**The Law of International Responsibility**. ed. por James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson, assistant editor Kate Parlett. Oxford University Press, 2013.

# ANÁLISE HISTÓRICA DOS CRIMES “DE COLARINHO BRANCO” PELO SISTEMA PENAL BRASILEIRO: RELAÇÕES DE PODER, SELETIVIDADE E PRIVILÉGIOS

**Janaína Rigo Santin**

Advogada e Professora Titular da Universidade de Passo Fundo. Faz parte do corpo docente permanente do Mestrado em Direito e do Doutorado em História da Universidade de Passo Fundo, Brasil. É professora colaboradora do Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do Sul, Brasil. É professora colaboradora do Mestrado em Ciências Jurídicas-Econômicas e Desenvolvimento e do Mestrado em Governança e Gestão Pública da Universidade Agostinho Neto, em Luanda, Angola-África. Possui Pós Doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa, Portugal, pelo período de 8 meses (2011). Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Brasil (2004). Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil (2000). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6547-2752>

## **Resumo:**

O artigo aborda a crise de legitimidade do sistema penal brasileiro, o qual tipifica as condutas lesivas a partir daqueles que serão etiquetados por elas, sem conseguir cumprir com as finalidades para o qual foi instituído: a segurança jurídica. Entende-se ser necessário combater os privilégios históricos dados pelo ordenamento jurídico brasileiro aos agentes políticos e servidores de primeiro escalão da Administração Pública. É preciso construir um eficiente sistema penal que, ao mesmo tempo em que seja capaz de englobar a criminalidade de colarinho branco de maneira mais efetiva, adote estratégias para superar a seletividade com que define os bens ou valores a serem protegidos. Trata-se de superar a crise de legitimidade do sistema penal e do poder judiciário como um todo, a partir de uma nova maneira de reprodução do sistema, como mecanismo efetivo de segurança jurídica à coletividade.

**Palavras-chave:** Teoria do Etiquetamento Social; Sistema penal; Agentes políticos; Crimes de responsabilidade; Criminologia crítica.

## **Introdução**

No Brasil, a elaboração técnico-jurídica da dogmática penal desenvolveu um sistema de conceitos que, resultando congruente com as normas, teria a

função de “garantir a maior uniformização e previsibilidade possível das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) do Direito Penal que, subtraída à arbitrariedade, garanta essencialmente a segurança jurídica e, por extensão, a justiça das decisões penais”. (ANDRADE, 1994, p. 125)

Essa posituação dos tipos penais e do sistema penal como um todo é legitimada e reconhecida pelos indivíduos como a melhor forma de estabelecer equilíbrio, limitando a violência e promovendo o simbolismo da segurança jurídica. Assim, o que se percebe é que essa é a função dogmática, a racionalização da aplicação judicial do direito penal, conferindo ao julgador o instrumento conceitual necessário para legitimação de sua decisão, convertendo as decisões programáticas do legislador nas decisões programadas do juiz.

Assim, a operacionalização da Dogmática Penal se dá mediante a criação de um estereótipo de criminoso e da valorização desmedida de determinados tipos de crimes, o que acaba por contribuir para a assimilação de um discurso ideológico que visa, ao fim e ao cabo, criar um estereótipo para, a partir disso, ocultar os denominados *crimes de colarinho branco e a criminalidade organizada*, delitos esses de muito maior gravidade e âmbito de abrangência, mas que não são cometidos pela clientela do cárcere.

Dessa forma, o presente artigo de revisão bibliográfica e pelo método lógico-dedutivo e histórico visa problematizar o histórico de seletividade, divisão e etiquetamento do sistema penal brasileiro, o qual divide a sociedade entre os “bons” e os “maus”. Propor alternativas para que o sistema penal possa efetivamente combater os chamados “crimes de colarinho branco”, cujos bens jurídicos violados agridem muito mais a sociedade como um todo. E, ao mesmo tempo, adotar estratégias para superar a seletividade do sistema criminal, importante fator na crise de legitimidade do sistema penal.

## **O Sistema Penal e Tratamento Seletivo dos Delitos**

Há vários mecanismos de controle e poder dentro de uma sociedade (família, escola, comunidade religiosa, mídia, associações, movimentos sociais, partidos políticos, moral) (SANTIN, 2009). Tais instituições de controle social influenciam no sistema penal, são fatores reais de poder, aparelhos ideológicos do Estado, micropoderes difusos, existem sem ter necessariamente um código ou normas para regulamentá-los. São um tipo de controle informal, que seleciona os “bons”, dentro de uma visão maniqueísta da realidade. Mas o sistema penal é o único que é extremamente formalizado, denominado por isso de controle formal, com regras dotadas de sanções, com poder de coerção. Constitui um “plus” adicional em intensidade e gravidade das sanções e em grau de formalização que sua imposição exige. É o mecanismo mais arraigado de controle social, além destas instituições da periferia do sistema. (ANDRADE, 1997, p. 179-181; 2010-211)

O sistema penal promete a repressão do delito, onde o paraíso pas-

sa pela sua mediação. Sem ele a sociedade não teria como defender-se dos “maus”, segundo uma versão maniqueísta da realidade, utilizada por todas as instâncias de controle social. É uma reação à criminalidade, às condutas qualificadas como negativas, através do controle social, a fim de adequar os indivíduos à legalidade dominante. No sistema penal, a criminalização de condutas transfere para o âmbito do Estado a solução de todos os conflitos, centrando-se o controle penal na reação punitiva da qual o Estado tornou-se depositário pelo contrato social, a qual se manifesta através da pena. (ANDRADE, 1997, p. 37).

Dessa forma, ao se estudarem profundamente os pilares do sistema penal moderno, conclui-se que este apresenta não apenas um profundo déficit histórico de cumprimento das promessas oficialmente declaradas pelo seu discurso oficial – a segurança jurídica (do qual resulta sua grave crise de legitimidade), como também o cumprimento de funções latentes inversas às declaradas, - a seletividade, apresentando, portanto, eficácia instrumental inversa à prometida. (ANDRADE, 1996, p. 93)

Desta forma, a realização de todos os princípios garantidores do Direito Penal (legalidade, culpabilidade, humanidade e especialmente de igualdade) é, em definitivo, uma ilusão, pois na sua operatividade o sistema penal foi criado para violar a todos. O modo como opera o código legitimador das teorias criminológicas, a forma como ocorre a seleção dos criminosos pelo sistema penal e sua justificação, a seleção judicial e as decisões penitenciárias à execução da pena constituem o rol das funções reais da dogmática penal. A seleção dos “criminosos” acontece de modo a criar as grandes cifras negras da criminalidade (crimes que são cometidos, porém não entram nas estatísticas penais pela sua impunidade), na qual o sistema penal legitima os crimes de colarinho branco, dando-se a seleção policial e judicial, muitas vezes, com tal concepção valorativa e preconceituosa. (ANDRADE, 1997, p. 200-263) e (SANTIN, 2010)

Não é pela ‘efetividade’ da segurança jurídica, mas pela instrumentalidade real de eficácia invertida e pela eficácia simbólica (“ilusão”) da segurança jurídica que dá sustentação *àquela* instrumentalidade) que pode ser explicada a conexão funcional da Dogmática Penal com a realidade social e sua marcada vigência histórica. (ANDRADE, 1997, p. 304)

O sistema penal mostra-se como um sistema de administração e organização baseado nas diferenças, num controle seletivo da criminalidade, influenciado na própria construção desta criminalidade quando o legislativo define na lei as condutas criminosas, quando conta com o aparato policial e judicial e se completa na execução da pena. A teoria do *labeling approach* no estudo do desvio e da criminalidade, a partir dos estudos de Andrade, tem a seguinte tese central:

A de que o desvio – e a criminalidade – não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação (ou controle) social, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social; isto é, de processos formais e informais de definição e seleção. (ANDRADE, 1997, p. 205)

A reação social se evidencia quando aceita a seletividade como forma mais correta de funcionamento do sistema penal. Existe um senso comum (TARUFFO, 2001) que rotula como possíveis criminosos os feios, pobres, pretos, prostitutas, sem-teto, sem-terra, descamisados... Essa é a clientela da prisão pelos olhos da sociedade e do governo. Encontram todas as justificações, inclusive etiológicas, sustentando que determinados indivíduos socialmente perigosos tenham anomalias bio-psicológicas ou recebam influências de fatores ambientais e sociais.

Salienta-se que esses métodos evolutivos e deterministas fazem parte da tradição histórica do ensino jurídico brasileiro. Quando se analisa a grade curricular, bem como os artigos acadêmicos produzidos pelas primeiras faculdades de Direito do país, instaladas em Recife e em São Paulo, evidencia-se a influência de autores como Haeckel, Darwin, Le Bon, Lombroso e Ferri. Na “Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife”, logo na sua apresentação já se verifica a importância da antropologia criminal (total de 47% dos ensaios da revista), entendida como único método científico no combate ao fenômeno da criminalidade, estudada partir da “escola italiana” de Ferri e Lombroso e Garófalo. Salienta-se que esta linha de pensamento é vista com maior prevenção nos circuitos acadêmicos paulistas, considerados pelos historiadores “os eleitos”, tendo em vista que lá era considerado um centro formador de intelectuais mais críticos, promissores integrantes das carreiras políticas do país. Apesar disso, também eram freqüentes na “Revista da Faculdade de Direito de São Paulo” artigos sobre antropologia criminal e medicina pública. (SCHWARCZ, 1993, p. 155-179) Nas palavras de Schwarcz, “contrária à teoria do livre-arbítrio, a escola criminal positiva acreditava que o universo regido por leis mecânicas, causais e evolutivas não dava margens à liberdade do indivíduo.” Tinha-se, portanto, um perfil físico do “potencial criminoso”.

Seja por um traço, seja pela delimitação de muitos detalhes, o fato é que, para esse tipo de teoria, nas características físicas de um povo é que se conheciam e reconheciam a criminalidade, a loucura, as potencialidades e os fracassos de um país. Critério ‘objetivo de análise’, o ‘método antropológico’ trazia para esses intelectuais uma série de certezas não apenas sobre o indivíduo como também acerca da nação. ‘Uma nação mestiça é uma nação invadida por criminosos’, dizia o artigo de Laurindo Leão, buscando fazer a ligação entre tais teorias e a realidade nacional. (SCHWARCZ, 1993, p. 167)

Com base neste perfil, afirma-se que o crime é propriedade da pessoa,

já nasce com ela, que carregaria “anomalias e estigmas atávicos, possuindo uma predisposição pessoal ao delito” (SCHWARCZ, 1993, p. 166). A obra de Lombroso, “O Homem Criminoso” (1983), é mãe deste estereótipo de criminoso. Tal tipo de visão foi superada na academia, mas não na prática. Ela domina a noção de criminalidade dos operadores do direito e da mídia e da sociedade em geral.

Para Baratta (1991, p. 167), a seletividade do sistema penal se dá em duas esferas: pela seleção dos bens jurídicos protegidos pelo sistema penal e indicação dos comportamentos capazes de ofender a tais bens, descritos nos tipos penais (criminalização primária). Trata-se de uma definição política efetuada pelo poder legislativo estatal, que conduz ao problema da distribuição do poder social da definição de conduta desviada, isto é, para o estudo de quem detém, em maior ou menor medida, este poder de impor ao sistema uma quase que total impunidade das próprias condutas criminosas. E, em segundo lugar, com a operacionalização da pena, ao selecionar os indivíduos que serão estigmatizados dentre todos aqueles que praticam os comportamentos identificados nos tipos penais (etiquetamento - criminalização secundária).

A prática de condutas típicas faz parte do cotidiano de uma sociedade, é regra e não exceção. O que ocorre é que uma minoria apenas é criminalizada pelo sistema. Para Baratta, “*la criminalidad no existe em la naturaliza, sino que es una realidade construida socialmente a través de procesos de definición y de interacción. En este sentido, la criminalidad es una de las ‘realidades sociales’*”. Trata-se da problemática da definição da criminalidade, o qual tem sido destaque nos estudos do *labelling approach* na criminologia crítica contemporânea. Este problema se define em três planos: a) o problema metalinguístico da definição dogmática do “crime” e do “criminoso”, atribuída a certos comportamentos e sujeitos no plano do senso comum, e que é reproduzido pelas instâncias oficiais de persecução criminal; b) o problema teórico, que concerne à interpretação sociopolítica do fenômeno da criminalidade. Ou seja, em todas as sociedades há um certo grupo de indivíduos, pertencentes a um certo grupo social e representando certas instituições, os quais são dotados de poder para definir quais os tipos penais e bens jurídicos a serem tutelados (poder de estabelecer as normas penais) e quais as pessoas que devem ser perseguidas (poder de aplicar as normas penais). Os demais estão alijados deste processo, e apenas devem submeter-se a ele; c) o problema fenomenológico, ou seja, quando o sistema penal qualifica certos indivíduos ou grupos sociais como factíveis à delinquência, esse preconceito estrutural acaba por produzir efeitos sobre o seu comportamento posterior. Tais indivíduos, eventualmente, acabam por assumir este papel em suas ações, desenvolvendo sua carreira criminal. (BARATTA, 1991, p. 110-111)

No Brasil, esta distribuição desigual da criminalidade é comprovada por dados concretos do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de junho de 2017, onde foram coletados dados referentes a 726 mil pessoas presas no Brasil. A partir dos dados apresentados, constata-se que em 2017,

63,6% da população carcerária configura-se como negro ou pardo. Já quanto ao seu grau de instrução, o relatório constata que “51,3% destas possuem o Ensino Fundamental Incompleto, seguido de 14,9% com Ensino Médio Incompleto e 13,1% com Ensino Fundamental Completo”. (MOURA, 1991) Por sua vez, o percentual de presos que possuem Ensino Superior Completo (no que se incluem a maioria dos presos de crimes de colarinho branco) é da parcela ínfima de 0,5%. Conforme conclui o relatório, “a maior parte dos custodiados é composta por: jovens, pretos, pardos e com baixa escolaridade. O crime de roubo e de tráfico de drogas foram os responsáveis pela maior parte das prisões”. (MOURA, 1991)

Ou seja, a criminologia crítica apenas constata, doutrinariamente, o que é visto na prática no Brasil, que o sistema penal atinge os estereótipos acima elencados, os quais, por suas características físicas, econômicas, sociais e de escolaridade tornam-se mais vulneráveis à criminalização. Da mesma forma, os crimes praticados pela maioria da população encarcerada são crimes contra o patrimônio ou tráfico de drogas, os quais, em regra, vitimam pessoas de maior poder econômico. E um dado ainda mais grave explicitado neste relatório é o de que 54% da população carcerária tem até 29 anos. Trata-se de submeter uma faixa etária muito jovem da população economicamente ativa do país ao estigma da condenação e do encarceramento, o que, na maioria das vezes, não tem caráter ressocializador, muito pelo contrário. Já quanto aos grupos poderosos representativos da cifra obscura da criminalidade<sup>1</sup>, cujos crimes de colarinho branco afetam de maneira muito mais grave a sociedade, já que atingem o dinheiro que poderia ser destinado a suprir as grandes desigualdades do país, são na sua maioria impunes, protegidos pelo próprio sistema, que constrói sua própria realidade. (ANDRADE, 1997, p. 265) Deste ponto de vista,

a criminalidade se manifesta como o comportamento da maioria, antes que de uma minoria perigosa da população em todos os estratos sociais. Se a conduta criminal é majoritária e ubíqua e a clientela do sistema penal é composta, “regularmente”, em todos os sistemas por pessoas pertencentes aos mais baixos estratos sociais, isto indica que há um processo de seleção de pessoas, dentro da população, às quais se qualifica como criminosos, e não como pretende o discurso ofi-

1 Veja-se que nesta pesquisa, até para evitar estigmas que são produzidos também pelas palavras de “etiquetamento” de situações negativas, optou-se por utilizar a denominação “cifra obscura”, e não “cifra negra”, como é usual na maioria da doutrina aqui citada. Por cifra negra, ou obscura, entende-se o fenômeno da criminalidade oculta, que não faz parte das estatísticas. Esta não só inclui a “criminalidade de colarinho branco”, mas a transcende. Tal cifra é considerável, sendo a criminalidade real muito maior que a oficialmente registrada. Foi descoberta por meio de pesquisas de auto-denúncia anônimas, delegacias de violência contra mulheres e crianças. Trata-se de problematizar o número real de pessoas que cometem ou que tenham cometido delitos, o que ampliaria consideravelmente o panorama da delinquência real e desconhecida. Ou seja, conforme os autores citados nesta pesquisa, a criminalidade é um fenômeno generalizado, presente em todos estratos sociais, mas a criminalização é desigual e seletivamente distribuída.



cial, uma incriminação (igualitária) de condutas qualificadas como tais. (ZAFFARONI, 1991, p. 22)

A partir dos ensinamentos de Baratta, Vera Regina Andrade entende que a seletividade do sistema penal, no Brasil, deve-se, primeiramente, pela incapacidade estrutural do sistema penal operacionalizar, através das agências policial e judicial, todos os crimes definidos em lei, dada a magnitude da sua abrangência e bens juridicamente tutelados pelo direito penal. Se o sistema penal concretizasse o poder criminalizante programado, provocaria uma catástrofe social, pois se todos os adultérios, abortos, defraudações, falsidades, subornos, lesões, ameaças, contravenções fossem punidos, não haveria habitante na face da Terra que não fosse criminalizado, e a sociedade seria uma grande prisão. Desta forma, diante desta absurda suposição, conclui-se que o sistema penal foi estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere em toda sua extensão, tendo a maioria da sua clientela pessoas “pobres não porque tenham maior tendência para delinquir, mais precisamente porque têm maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como delinqüentes.” (BARATTA *apud* ANDRADE, 1997, p. 270) E de nada adianta aumentar o rigorismo do sistema para combater a criminalidade, como pregam algumas teorias vinculadas ao “direito penal máximo”, se o sistema penal como um todo é seletivo e possui limites estruturais. Ao mesmo tempo em que ele atenua as condutas criminais que geram danos contra a Administração Pública, danos ecológicos e danos causados pela criminalidade organizada, os quais causam grandes danos e atingem de maneira difusa a sociedade, o sistema superestima infrações de menor dano social, porém mais visíveis, já que tem como vítimas pessoas de maior poder aquisitivo. E esse é um dos fatores para justificar o porquê que a maioria dos apenados brasileiros, em 2017, fora condenada por crimes contra o patrimônio, os quais geralmente são cometidos pelos estratos sociais mais baixos.

Este senso comum estereotipado condiciona a seletividade decisória dos agentes do sistema penal, que inicia desde o Legislador (criminalização primária), passando pela Polícia e Justiça (criminalização secundária) até o sistema carcerário, num processo de filtração escalonado que nada têm a ver com os princípios legais. A lei penal configura apenas um marco abstrato de decisão, onde os agentes do controle penal têm ampla margem de discricionariedade na seleção que efetuam. Nada mais utópico que o chavão: detectado o crime, seu autor resultará automaticamente etiquetado. Há um complexo processo de refração entre a seleção abstrata da lei e a seleção efetiva das instâncias de criminalização secundária. “Nem todo delito cometido é perseguido; nem todo delito perseguido é registrado; nem todo delito registrado é averiguado pela polícia; nem todo delito averiguado é denunciado; nem toda denúncia é recebida; nem todo recebimento termina em condenação.” (ANDRADE, 1997, 262-269) E a Dogmática oferece instrumental conceitual para justificar decisões seletivas ao âmbito judicial. Coloca seu arsenal técnico a serviço do

jugador para instrumentalizar e legitimar sua decisão.

Los jueces o el tribunal – escribe Sack- son instituciones que producen y ponen ‘realidad. La sentencia crea una nueva calidad para el imputado, lo ubica em uma estatus que no poseería sin la sentencia. La estrutura social de uma sociedade, que distingue entre ciudadanos fieles a las leyes y ciudadanos violadores de las leyes, no es um orden dado sino um orden que continuamente se reproduce. Los mecanismos para la producción de este order se pueden considerar como análogos a los mecanismos de reclutamiento, tal como se les conoce por médio de la sociologia de los estratos y la sociologia de las profesiones. La criminalidade, em suma, no es considerada como um comportamento sino como um “bien negativo”, analogamente a los bienes positivos como el patrimônio, la renta, el privilegio. “La criminalidade es exatamente lo opuesto al privilegio”. Como tal, está sometida a mecanismos de distribución análogos a los de los bienes positivos, de los privilegios (SACK apud BARATTA, 1991, p. 108)

Essa constatação descrita por Baratta pode ser comprovada, no Brasil, com dados do Censo Penitenciário de 2019, no qual se verifica que 50,96% dos apenados foram condenados por crimes contra o patrimônio; 20,28% foram condenados por crimes relacionados à questão das drogas; 17,36% foram condenados por crimes contra pessoas; 4,89% são condenados por outras legislações específicas; 3,58% são crimes contra a dignidade sexual; 2,24% são crimes contra a paz pública; 0,42% são crimes contra a fé pública; e, apenas 0,18% são os condenados por crimes contra a Administração Pública (criminalidade “de colarinho branco”). (BRASIL, 2019) Assim, é notório pelos dados coletados pelo Departamento Penitenciário brasileiro que os crimes cometidos pelos “ricos”, chamados de “colarinho branco”, muito mais danosos à coletividade, passam ilesos no sistema. E quando tipificados, se a pessoa tiver dinheiro para contratar um bom advogado criminalista, na maioria das vezes, não vai para a prisão. O risco de ser preso aumenta significativamente em razão inversa à situação socioeconômica. Por sua vez, os crimes contra o patrimônio “dos ricos” somam mais da metade das condenações no país.

Assim, a dogmática penal tradicional revela-se um sucesso no que tange às funções latentes ou não declaradas, isto é, assegurar a ideologia dominante daqueles que detêm o poder, a impunidade de seus delitos e o estigma da clientela da prisão, de acordo com raça, gênero e status social, seletividade presente desde os sistemas de controle informal da sociedade aos de controle formal, fornecendo o instrumental para justificação de decisões seletivas e legitimar o estigma dominante. (ANDRADE, 1997, p. 292-293) Está mais que comprovado que no Brasil, pelas características de seus presídios superlotados e com péssimas condições de habitabilidade, não ressocializa, pelo contrário, insere o réu a um universo de estigmatizados (BACILA, 2005), que fatalmente o induzirá a seguir uma “carreira criminosa”, pela falta de opções que a própria sociedade confere a ex-apenados.

## A corrupção “de colarinho branco”: crimes de responsabilidade e agentes políticos

Um dos maiores problemas do sistema penal brasileiro é a sua seletividade, e as brechas encontradas na lei pelos detentores do poder que se aproveitam do sistema para “encobrir” e reproduzir suas condutas delituosas. Agentes políticos, conforme definição de Celso Bandeira de Mello, “são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado.” (2001, p. 229)

Ou seja, são aqueles que exercem uma função de Governo, tanto no Executivo quanto no Legislativo. Nas palavras de Justen Filho, desempenham funções políticas que exteriorizam a vontade dos entes federativos. São, portanto, “aqueles aos quais se reserva o exercício das competências estatais mais essenciais, que traduzem de modo direto e imediato os poderes próprios do Estado(...)” (2014, p. 886). Indivíduos eleitos e com mandatos temporários, responsáveis e investidos de competências políticas fundamentais, “aos quais cabem as decisões mais importantes quanto aos fins e aos meios de atuação estatal, como emanção direta da soberania popular (...)” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 886) cujo vínculo com o Estado é de natureza política e o regime jurídico é constitucional. Por esta característica, sua função, competência, atribuições e responsabilidades tem natureza constitucional e de leis específicas para sua categoria dentro dos agentes estatais com vínculo jurídico de direito público.

E em decorrência da função de governo que exercem, os agentes políticos possuem uma responsabilização penal especial e diferenciada. Quando envolvidos em crimes de responsabilidade, os agentes políticos do mais alto escalão do Poder Executivo em âmbito federal serão processados e julgados pelo Senado Federal, conforme disposto no artigo 52, inciso I e II da Constituição. Em especial quando o crime é cometido pelo Presidente da República, nas situações previstas no artigo 85 da Constituição Federal de 1988 e mediante acusação recebida e apreciada pela Câmara dos Deputados, haverá seu processamento pela via do *impeachment*, conforme disposto no seguinte artigo 86. Admitida a acusação por dois terços da Câmara, o processo será julgado pelo Supremo Tribunal Federal, se tratar-se de crime comum; ou perante o Senado Federal, em caso de crime de responsabilidade.

Crimes de responsabilidade, nas palavras de Justen Filho, consistem “na violação de deveres inerentes e intrínsecos ao exercício da função política,” (2014, p. 891) e a regulação em âmbito federal do seu processamento está disposta na Lei 1.079/1950, com a interpretação conforme a Constituição de 1988 realizada pelo Supremo Tribunal Federal quando do processo de *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff. Importa ressaltar que esta lei é aplicável também a demais autoridades de alto escalão da República. São elas: Mi-

nistros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República, Presidentes dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Contas, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais do Trabalho, dos Tribunais Eleitorais, dos Tribunais de Justiça e Distrital, aos Juízes Diretores do Foro, ao Advogado-Geral da União e outras autoridades integrantes do Ministério Público (artigos 39-A, parágrafo único e 40-A, parágrafo único, todos com redação estipulada pela Lei 10.028/2000)

Por sua vez, em âmbito estadual, os crimes de responsabilidade atribuídos a Governadores e secretários estaduais também possuem regras especiais, conforme artigo 74 e seguintes da Lei 1.079/1950, visto que quem os julgará será a Assembleia Legislativa ou Distrital. E em âmbito municipal, os crimes de responsabilidade atribuídos aos Prefeitos serão promovidos perante os Tribunais de Justiça estaduais (artigo 29, X da Constituição Federal), e sua regulação e detalhamento processual está prevista no Decreto-Lei 201/67, o que desvincula os agentes políticos da aplicação dos tipos penais descritos como crimes funcionais pelo Código Penal brasileiro nos seus artigos 312 a 316, pela utilização do critério hermenêutico da especialidade.

Importa ressaltar que as leis acima mencionadas que tratam dos crimes de responsabilidade dos agentes políticos não definem tipos penais culposos, apenas dolosos. Ou seja, só punem a forma dolosa, quando é necessário comprovar que o agente político sabia e queria cometer aquele crime, buscava intencionalmente o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Situações culposas, quando o crime ocorre por negligência, imprudência ou imperícia não estão tipificadas na lei. Por isso que se observa muito, como argumento de defesa, a alegação de que não sabiam que havia corrupção em seu mandato, cometida por seus servidores ou subordinados... não sabiam que estavam agindo contra a lei, cometendo fatos imorais, ineficientes ou além das possibilidades de pagamento do ente público a que deviam comandar. Agiram com imprudência, achando que estavam cumprindo o interesse público (conceito jurídico indeterminado), e não tinham “intenção” de favorecer a si próprios ou a terceiros de suas relações. Não sabiam ou não queriam violar, por ato próprio ou de outrem, o princípio da impessoalidade ou ocultar irregularidades de seu governo. Não saber é negligenciar... agir respaldado no “interesse público”, conforme a conveniência e oportunidade, e acabar por beneficiar a si próprio ou a seus amigos pode ser considerado imprudência... e isso, infelizmente, não encontra tipificação nas leis dos crimes de responsabilidade brasileiras, editadas no século passado, mas ainda vigentes no país.

Dessa forma, um dos grandes gargalos da impunidade dos crimes de colarinho branco é o ordenamento jurídico brasileiro. Tanto a Lei 1.079/50 quanto o Decreto-Lei 201/67 são muito antigas, elaboradas em um período anterior à democrática Constituição de 1988. Nelas está claro o substrato axiológico que as sustenta, ou seja, a proteção aos poderes que as elaboraram e subscreveram. Mudanças destes diplomas legais para uma maneira mais republicana de ver e gerir o Estado Democrático de Direito pós 1988 devem

partir e estão na dependência da iniciativa e/ou aprovação daqueles agentes políticos aos quais elas protegem há anos. Mudanças neste campo legislativo dependem do Congresso Nacional e da sanção presidencial, o que é muito difícil de ocorrer neste país, ainda mais quando se observa o histórico patrimonialismo que corrói a Administração Pública Brasileira<sup>2</sup>, onde muitos governantes confundem a coisa pública com seus próprios interesses e seu próprio patrimônio.

Outro agravante é a existência de regras constitucionais instituidoras de prerrogativas e privilégios aos cargos de poder ou de governo no país. No legislativo federal há o Estatuto dos Congressistas, que abrange inviolabilidades e imunidades formal e material (vide artigo 53 *caput* e §§ 2º a 5º da Constituição Federal de 1988) e prerrogativas, como a de foro (art. 53 § 1º e 102 inciso I, letra “b”). Por sua vez, também no executivo federal há foro privilegiado ou especial no cometimento de crimes (artigo 52, 86 e 102, inciso I, letras “b” e “c” da Constituição Federal de 1988). A situação se repete também nos legislativos estaduais e municipais, com imunidades e privilégios, como o foro privilegiado, os quais são previstos nas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais. Por fim, o foro privilegiado e demais prerrogativas também são estendidas, pela Constituição Federal em seu artigo 102, inciso I, letra “b e c” para membros da cúpula do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas e chefes de missão diplomática permanente. A mesma situação se repete em âmbito estadual e municipal.

Dessa forma, ao analisar o ordenamento jurídico brasileiro e a quantidade de privilégios e garantias conferidas aos agentes políticos em todos os entes federativos, é possível visualizar o porquê que o sistema penal brasileiro é seletivo e desvirtua suas funções declaradas. Tais garantias e privilégios são distribuídas nos primeiros escalões das três esferas de poder (agentes políticos) e alcançam, ainda, membros do alto escalão do Ministério Público, Tribunais de Contas, Advocacia Pública e membros de missões diplomáticas.

Muitas são as vantagens tanto no direito material quanto no direito processual aos agentes políticos e servidores do primeiro escalão do governo brasileiro, o que torna muito mais difícil a persecução penal e, consequentemente, a existência de condenações para os crimes de colarinho branco.

## Conclusão

O Direito Penal é âmbito por excelência de pacificação e ordenação social. Visa proteger a sociedade de condutas anti-jurídicas, ressocializar o ofensor, além de puni-lo. Mas, o que se verifica é que no Brasil, historicamente essas funções se mostraram meramente instrumentais e simbólicas, ficando muito distantes da segurança jurídica prometida.

---

<sup>2</sup> Para aprofundar as questões ligadas ao patrimonialismo na gestão pública brasileira, é imprescindível ver o clássico (FAORO, 2001). Ver também: (SANTIN; RODIGHERI, 2016) e (SANTIN; NASCIMENTO, 2019, p. 1157-1178).

Mostra-se primordial combater a visão preconceituosa de um sistema penal elitista, que seleciona quem é passível e quem não é passível de sua proteção. As leis são as mesmas para todas as pessoas, e todas devem ser tratadas igualmente; ou então tratem-se desigualmente aquelas pessoas que necessitam de um tratamento desigual, por serem especiais. Dessa forma, é preciso que o sistema penal procure solucionar suas próprias contradições, com vistas a superar visões históricas de seletividade da população carcerária.

Ao focar o poder de atuação do sistema penal sobre a criminalidade “de alto escalão”, ou seja, os crimes contra a Administração Pública e seus assemelhados, cujo dano à sociedade é muito mais grave e amplo que um crime contra o patrimônio individual, torna-se imprescindível lutar para a mudanças sérias no ordenamento jurídico brasileiro, que tragam um novo tratamento aos crimes de responsabilidade cometidos por agentes políticos, a fim de prevenir também a forma culposa desses crimes.

Da mesma forma, é preciso rever os privilégios dados ao primeiro escalão de governo, como a questão do foro privilegiado. Tais regalias se justificavam quando não havia uma consolidação das instituições democráticas brasileiras, mas que já não se mantém nem se justificam. O foro privilegiado causa o afogamento do número de casos destinados aos órgãos superiores do Judiciário brasileiro, em especial o Supremo Tribunal Federal, que deveria se dedicar exclusivamente à interpretação e aplicação da Constituição Federal de 1988. Além disso, ante às dificuldades estruturais dos órgãos superiores realizarem de maneira adequada a instrução e persecução criminal, a manutenção desse tipo de privilégio se mostra injustificada, bem como viola o princípio da isonomia previsto no artigo 5 da Constituição Federal. Tolerar por tanto tempo na história política brasileira esse tipo de privilégio ou regalia já não se sustenta mais, em especial quando se vive em um regime democrático e republicano.

Sabe-se que a mudança da Constituição Brasileira, bem como das Constituições Estaduais e às Leis Orgânicas Municipais para retirar os dispositivos garantidores do foro privilegiado é uma grande luta, da qual é imprescindível a atuação do povo brasileiro. Essa pressão pode vir por meio das eleições, mas também deve permanecer durante todo o mandato do eleito, no controle posterior da atuação dos governantes e parlamentares.

Um outro meio é se utilizar dos mecanismos de democracia participativa previstos na Constituição, como a iniciativa popular. Conforme artigo 14, inciso III e 61, § 2º da Constituição Federal de 1988, a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

A doutrina não é uníssona sobre a possibilidade de emendar a Constituição via iniciativa popular. Porém, é possível se utilizar deste instrumento de participação popular para alterar a Lei 1.079/50 e Decreto-Lei 201/67, as

quais reproduzem privilégios históricos na política brasileira.

Ao alterar esses dispositivos legais os mecanismos de controle externo, social e, principalmente, judicial, terão mais condições de punir o crime de colarinho branco, tão nefasto e presente na história política brasileira. Trata-se de uma maneira também de resgatar ao Poder Judiciário a credibilidade popular de que ele é merecedor, fazendo renascer na população, principalmente camadas mais pobres (as quais são a maioria da população brasileira) a confiança na justiça.

## Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. Dogmática e Controle Penal: em busca da segurança jurídica prometida. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Teoria do Direito e do Estado.** Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1994.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimização feminina. **Seqüência.** Florianópolis, UFSC, n. 33, p. 87-114, 1996.

BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas: um estudo sobre os preconceitos.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BARATTA, Alessandro. **Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: introducción a la sociología jurídico-penal.** 3.ed. Tradução por Alvaro Bunster. México: Siglo Veintiuno Editores, 1991.

BARRATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência e a violência penal. **Fascículos de ciências Penais,** Porto Alegre, n. 2, p. 44-61, abr./jun. 1993.

BRASIL. **Departamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Dezembro de 2019. Quantidade de Incidências por Tipo Penal Período de julho a dezembro de 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>. Acesso em 24 abr. 2020.

BRASIL. **Lei no 1.079, de 10 de abril de 1950.** Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L1079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1079.htm). Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei no 201, de 27 de fevereiro de 1967.** Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del0201.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0201.htm). Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. **Lei no 10.028, de 19 de outubro de 2000.** Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a Lei no 1.079, de 10 de abril de 1950, e o Decreto-Lei no 201, de 27 de fevereiro de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L10028.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10028.htm). Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 25 abr. 2020.

- FAORO, Raimundo. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Globo, 2001.
- GALBADÓN, Luis Geraldo. **Control Social y Criminologia**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1987
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- LOMBROSO, Cesare. **O Homem Criminoso**. Tradução por Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: ed. Rio, 1983.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MOURA, Marcos Vinícius. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: atualização junho de 2017. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 1991. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em 25 abr. 2020.
- SANTIN, Janaína Rigo; NASCIMENTO, Anna Gabert. Patrimonialismo na Gestão Pública: o caso do Brasil. **RJLB-Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5, n. 6, p. 1157-1178, 2019. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/6/2019\\_06\\_1157\\_1178.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/6/2019_06_1157_1178.pdf). Acesso em 25 abr. 2020.
- SANTIN, Janaína Rigo. A crise de Legitimidade do Sistema Penal e o Papel dos Juizados Especiais Criminais. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 52, dec. 2010. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30703>>. Acesso em: 26 apr. 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v52i0.30703>.
- SANTIN, Janaína Rigo; RODIGHIERI, Bruno Nogueira. O Poder Local na Federação Brasileira. **Argumenta Journal Law**, n. 25, p. 275-229, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/878>. Acesso em 25 abr. 2020
- SANTIN, Janaína Rigo. As novas fontes de poder no mundo globalizado e a crise de efetividade do direito. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 25, p. 79-92, 2009.
- SCHWARCZ, Lilia M. **O Espetáculo das Raças**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- TARUFFO, Michele, **Senso Comum, Experiência e Ciência no Raciocínio do Juiz**. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. Curitiba: IBEJ, 2001.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.



# AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DEMOCRACIA E DIVERSIDADE<sup>1</sup>

**Erika Alcantara Pinto**

Mestra em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Membro do Grupo de Pesquisa Direito Humanos e Transformação Social. Especialista em Direito Civil e Administração Estratégica. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Advogada. Professora

## Resumo:

O presente trabalho avalia se o instituto das audiências públicas, promovidas pela corte constitucional brasileira, atinge seu propósito de democratização da interpretação constitucional. Adota-se como metodologia a pesquisa empírica por meio da qual se identificou o perfil dos participantes dessas audiências. A premissa orientadora é a de que quanto maior a diversidade de sujeitos, maior a probabilidade de um debate constitucional plural. No entanto, a amostra analisada indica que o panorama da participação nas audiências públicas da suprema corte é de baixa diversidade, com uma preferência de diálogo com órgãos, entidades ou agentes públicos.

**Palavras-chave:** Audiência pública; Constitucionalismo; Democracia; Pluralidade; Diversidade.

## Introdução

A previsão do instituto das audiências públicas na jurisdição constitucional surge com a edição da Lei 9.868/99 que regulou o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

Inicialmente, as audiências públicas foram disciplinadas para a oitiva de “depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria” (art. 9º, §1º e 20, §1º da Lei 9.868/99), que pudessem fornecer dados e contribuições de cunho técnico e científico que auxiliassem os ministros na compreensão de aspectos da realidade por eles desconhecidos. Entretanto, a observação da prática do Supremo Tribunal Federal (STF) revela que, com o passar do tempo, as audiências públicas têm sido manejadas para atender a questões cien-

<sup>1</sup> O presente artigo é adaptado da dissertação intitulada Audiências Públicas no STF: Análise do Procedimento e do Perfil de Participantes, defendida e aprovada em julho de 2020, pelo PPGD-UNESA.

tíficas, jurídicas e políticas, abrindo-se a participação para amplos setores da sociedade civil (CAMARGO e VIEIRA, 2018).

Neste trabalho, analisa-se o perfil tanto dos participantes convidados pelo ministro que preside a diligência, bem como os habilitados a requerimento, avaliando a relação de coerência entre temas, questões suscitadas, perfil requerido no edital de convocação e categorias habilitadas ou convidadas.

Para atingir tal finalidade, foram pesquisadas as audiências públicas diretamente na fonte. Foram consultados os documentos disponíveis no sítio eletrônico do STF, em especial, os despachos e editais convocatórios, as listas de habilitação, as notas taquigráficas e acórdãos, bem como, foram assistidos os vídeos desses eventos na íntegra. A coleta dos dados fora acompanhada do registro em formulário criado para essa finalidade e de relatório pormenorizado do procedimento.

A amostra analisada compreendeu 25 audiências públicas realizadas no STF, no período de 27 de abril de 2009 a 9 de dezembro de 2019. O marco inicial foi escolhido em função da regulamentação do procedimento no Regimento Interno do STF (RISTF) no ano de 2009. Durante a pesquisa foi mapeada a quantidade de participantes convidados e habilitados a requerimento, classificados nas categorias, a saber: A) órgãos, entidades e agentes públicos; B) associações privadas sem objetivos econômicos; C) empresas e associações com objetivos econômicos; D) movimentos sociais; e E) cidadãos: indivíduos autônomos que não representam nenhuma das categorias anteriores.

## **Desafios à implementação de um procedimento democrático e participativo**

A democracia reduzida a noção de conjunto de regras para a formação de maiorias pode ser suficiente em Estados nacionais onde há certa homogeneidade de identidade entre seus cidadãos, mas isso não ocorre quando em uma sociedade concorrem uma pluralidade de valores. Em sociedades complexas, é preciso ter como premissa a ideia de que a democracia é um conceito em construção, reclamando uma participação diuturna ampla, profunda e diversa. A possibilidade de redefinição contínua do político, permite que identidades subjugadas pelos colonialismos e autoritarismos possam vir à tona (PEREIRA; CARVALHO, 2008, p. 54).

Na democracia brasileira existem diversos mecanismos de participação direta, contudo, observa-se no país um déficit de engajamento político, sendo que estudos revelam que as instâncias participativas são frequentemente dominadas por grupos organizados que não necessariamente respondem ao restante da população (GASPARDO, 2018, p. 75), portanto, a preocupação com a questão relativa a pluralidade e diversidade de participação é relevante às audiências públicas no âmbito do STF, pois a audaciosa perspectiva de integração da realidade ao processo de interpretação constitucional, exige a máxima ampliação e diversificação dos atores sociais que participam do processo.

Casséte (2013, p. 1) defende que o sentido de democracia na contemporaneidade precisa ser ressignificado a partir de uma noção de pluralidade, que contenha o “ponto de vista daqueles que estão de fora da lógica política, bem como dos processos de lutas por emancipação e justiça”. De acordo com a autora, a chave para a redefinição do espaço político está na compreensão do sentido de pluralidade.

A democracia liberal compreende pluralidade, a partir da dicotomia entre esfera pública e privada, na qual o indivíduo tem seus interesses individuais representados no espaço público por meio de associação em grupos de interesses, organizações de *lobby* e partidos, ao mesmo tempo em que goza de plena autonomia no espaço privado para buscar a realização de seus direitos e a expressão de suas opiniões e interesses.

Conforme anota Casséte (2013, p. 8), a democracia liberal “parte do pressuposto de que o pluralismo social é atributo do espaço privado e diz respeito a escolhas individuais”, o que importa, no espaço político, em um dever estatal de neutralizar as diferenças, conferindo tratamento igualitário a todos os cidadãos. Dessa forma, a diversidade é plenamente aceita no âmbito privado, porque expressão da individualidade dos seres humanos, mas impensável na esfera pública, onde aos indivíduos devem ser conferidas as mesmas oportunidades.

Assim, o desafio de ressignificação da democracia está em reconhecer a diversidade no espaço público, em especial, o político, para fazer emergir as expectativas de direitos até então silenciadas nos fóruns representativos.

O reconhecimento da diversidade no espaço público deve vir acompanhada pela compreensão do dissenso como parte da dinâmica coletiva. A concorrência entre pontos de vista e valores faz parte da experiência de sociedades plurais, nelas os sentidos políticos encontram-se em constante construção. Quanto mais se amplia a participação nos espaços políticos, novos sujeitos pleiteando novos direitos vem à tona, instaurando novos dissensos, que formarão outros consensos em um movimento perpétuo.

O procedimento democrático deve, portanto, reconhecer os conflitos e as contradições como componentes inerentes às relações políticas e sociais, tendo em vista a heterogeneidade de atores, práticas e temas presente na sociedade, bem como compreender que o povo não se constitui exclusivamente por grupos específicos que detêm o monopólio da palavra e da ação, o elemento “povo” é amplo e inclui, em especial, o conjunto daqueles que são constantemente obscurecidos e que geralmente são desconsiderados (CAS-SÉTE, 2013, p. 18).

As audiências públicas compreendidas enquanto instrumento de ampliação e aprofundamento da democracia na interpretação da constituição, não devem ser organizadas para o fim de capturar a vontade da maioria e formular decisões a partir de critérios quantitativos, pois há o risco de não incorporar as vozes vindas de grupos minoritários e/ou marginalizados. Pelo contrário, porque se constitui em um fórum discursivo, a força não está no número de

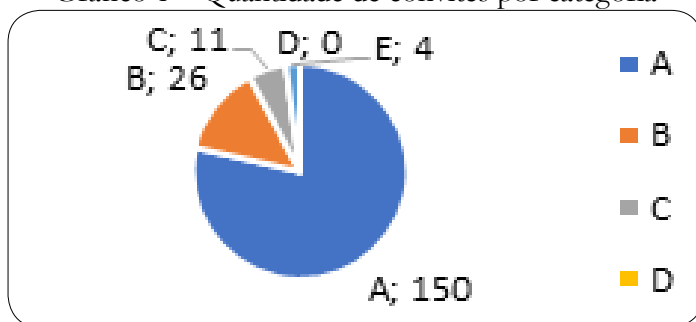
peças que defende uma ou outra posição, a força advém da qualidade dos argumentos.

Assim, portanto, faz-se necessário também diferenciar pluralidade e diversidade (KISCHINHEVSKY; CHAGAS, 2017, p. 113), enquanto aquela relaciona-se com a dimensão da quantidade, ou seja, um procedimento plural é aquele voltado a ouvir tantas pessoas o quanto for possível. Um procedimento diverso, por sua vez, leva em consideração a dimensão da qualidade de quem participa, assim a questão está em não só ouvir o maior número de pessoas o quanto for possível, mas também ouvir os diversos segmentos da sociedade: órgãos, entidades e agentes públicos, a sociedade civil organizada, grupos de interesse e o cidadão, de modo que o procedimento incorpore no processo judicial o maior número de leituras possíveis, essencial ao exercício de uma jurisdição dialógica.

### Perfil de participantes

Os participantes de uma audiência pública tanto podem ser convidados pelo ministro que a convoca como podem ser habilitados a requerimento. O envio de convite não é uma regra, depende da vontade do ministro responsável pela convocatória, no entanto, trata-se de prática frequente, em 18 das 25 audiências públicas analisadas houve o envio de convites, cuja observação revelou: (i) o predomínio do envio de convites a órgãos, entidades e agentes públicos (ii) que apesar da audiência pública ser um instrumento de participação direta, a opção dos ministros pelo envio de convites a entidades representativas institucionalizadas em detrimento de cidadãos e de movimentos sociais – estes últimos não receberam nenhum convite.

Gráfico 1 – Quantidade de convites por categoria



Fonte: A Autora (2020).

Vale ainda consignar que os 4 cidadãos convidados para as audiências públicas eram partes nos recursos extraordinários que serviram de base para a realização da audiência pública.

Diante desse quadro, cumpre examinar que tipo de relações os convidados dos ministros estabelecem com outros componentes de avaliação dos

procedimentos convocatórios.

O primeiro sob exame é a relação entre convidados e o tema. Cada audiência pública foi classificada sob os rótulos: “matéria técnica”; “matérias de ordem política”; “matéria com forte apelo social”, atribuídos a partir de dados diretamente coletados dos instrumentos convocatórios, sendo possível a fixação de mais de um rótulo a depender do tema.

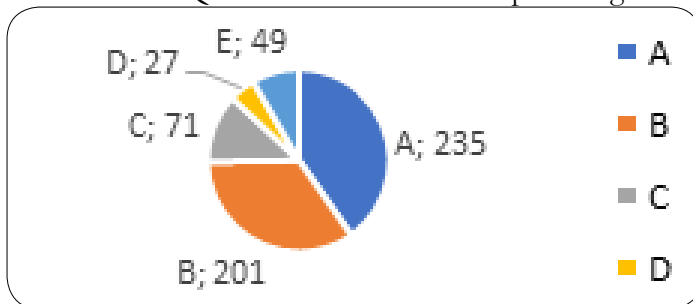
Verificou-se qual seja a natureza do tema há sempre a convocação de órgãos públicos, em especial, a Procuradoria-Geral da República, representada por seus subprocuradores-gerais, que se sentam à mesa, ao lado direito do ministro que preside a sessão. Embora lhes seja permitido usar da palavra para defender seus pontos de vista, no mais das vezes limitam-se a ouvir as exposições e ocasionalmente fazer perguntas aos expositores.

Para se analisar a relação entre os convidados e o perfil requerido na convocatória, foram aproveitadas apenas 14 audiências públicas, pois das 18 para as quais houve o envio de convites, em 4 delas, nenhum perfil foi requerido no despacho.

Foi possível identificar que somente em 5 das 14 audiências analisadas houve relação de coerência entre o perfil requerido no despacho convocatório e os convidados dos Ministros. Em 2, não houve qualquer relação de coerência entre esses dois parâmetros. Nos demais 7 casos, é possível afirmar que houve relação de compatibilidade, pois ainda que os convidados não contemplassem a totalidade do perfil requerido, havia naquele rol pessoas e instituições que se enquadravam em pelo menos uma das categorias do perfil proposto.

No que se refere aos participantes habilitados a requerimento, buscou-se avaliar a coerência e a pertinência da escolha de participantes com relação à “qualidade dos quesitos” e o “perfil requerido na convocatória”, respectivamente.

Gráfico 2 – Quantidade de habilitados por categoria



Fonte: A Autora (2020).

O gráfico acima de habilitados por categoria demonstra a diversidade de categorias de sujeitos que tem seus pedidos de participação deferidos pelo presidente da audiência pública. Verifica-se um predomínio na participação

de instituições e agentes públicos, seguido de organizações da sociedade civil sem finalidade lucrativa. A soma das outras 3 categorias – empresas e associações privadas com finalidade econômica, movimentos sociais e cidadãos – não alcança a totalidade de habilitados da categoria pessoas e associações privadas sem interesses econômicos.

Nas convocatórias em que houve quesitação, identificou-se o predomínio de “quesitos de ordem técnica”, seguido, dos que “demandavam informações de órgão públicos”. Já quanto ao perfil requerido, foi, na maioria dos casos, de “pessoas e entidades com conhecimento técnico ou científico”, seguido de “órgãos e entes públicos”.

O cenário acima justifica a habilitação massiva de expositores ligados às categorias A e B, seja porque: (i) as controvérsias questionavam atos do Poder Público; (ii) o fato de que muitas das associações civis sem finalidade lucrativa participantes, por sua vez, representam ou congregam especialistas e profissionais de determinado segmento, assim como, agentes públicos que podem vir a contribuir com informações dessa ordem, ou se dedicam a atividades acadêmicas e de pesquisa científica; (iii) a adoção do critério da representatividade como medida para seleção de participantes.

De modo geral, apurou-se que o panorama das audiências públicas no STF é de baixa diversidade, apenas 3 das 25 audiências analisadas contaram com a presença simultânea das 5 categorias.

Comparando-se a relação de habilitados e a qualidade dos quesitos constantes dos despachos de convocação, foi possível a avaliação de 8 audiências públicas – número de convocatórias em que houve quesitação. Destas, 2 continham pontos exclusivamente de ordem técnica e outras 5 mesclavam matérias técnicas e que demandavam informações de órgão públicos.

Nas 2 audiências públicas que fixaram quesitos exclusivamente de ordem técnica, houve predomínio das categorias conformadas por órgãos, entidades e agentes públicos, associações privadas sem objetivos econômicos, empresas e associações com objetivos econômicos.

A primeira, sobre o “bloqueio judicial de serviço de trocas de mensagens por meio da *internet*”, os quesitos apresentados exigiam dos expositores o conhecimento tecnológico sobre operacionalização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de *internet* e processamento das operações de coleta, armazenamento, tratamento e guarda de registros, de dados pessoais e de comunicações privadas, tanto por provedores de conexão quanto de aplicações de *internet* (BRASIL, 2016, p. 3). Houve um predomínio de órgãos, entidades e agentes públicos habilitados a participar por requerimento, contudo, a maioria destes, era de professores e pesquisadores de centros tecnológicos de universidades públicas com conhecimento especializado na matéria, aptos, portanto, a contribuir com a quesitação proposta.

Na segunda, “direito ao esquecimento na esfera cível”, a quesitação muito sucinta demandava conhecimento jurídico. A habilitação de instituições da sociedade civil foi superior a de órgãos, instituições e agentes públicos, o

que revela, uma disposição da corte em dialogar, nesse tema, com outros intérpretes do Direito que não aqueles tradicionais, vinculados ao Estado.

Com relação às convocatórias que conjugaram quesitos técnicos e que demandavam informações de órgãos públicos, tem-se que nos temas da “judicialização do direito à saúde” e “regimes prisional” houve uma discrepância na habilitação entre membros da sociedade civil e do Estado, prevalecendo a habilitação destes.

Nas “queimadas em canaviais” e no “marco regulatório da TV por assinatura” o predomínio é de empresas e associações com objetivos econômicos. Na “Lei seca” e no “campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia” há certo equilíbrio entre as categorias A e B e uma participação em menor escala da categoria C.

Ponto que também merece observação é a pertinência do rol de habilitados com o perfil requerido. Da amostra observada, foi possível analisar 20 audiências públicas, cujos despachos convocatórios continha a descrição dos tipos de participantes desejáveis.

Foi possível observar que em 6 procedimentos houve identidade entre o perfil requerido e os habilitados; em 6 audiências, a diversidade de categorias habilitadas é mais ampla do que a definida *a priori* pelos ministros; em 5, as categorias habilitadas foram menos diversificadas que o perfil desenhado nas convocatórias; em 3, houve pelo menos uma diferença entre o perfil proposto e os habilitados.

Nas audiências sobre “gestão coletiva de direitos autorais”, “novo código florestal”, “armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos”, “interrupção voluntária da gestação”, “conflitos federativos entre os Estados e a União” e “candidaturas avulsas” houve completa identificação entre o perfil proposto e as categorias habilitadas.

No tema da “gestão coletiva de direitos autorais”, o relator adotou como perfil de participação: “(...) titulares de direito autoral, entidades estatais envolvidas com a matéria e representantes da sociedade civil” para “esclarecer questões técnicas, econômicas e culturais relativas ao funcionamento da gestão coletiva de direitos autorais, sobretudo à luz da experiência internacional sobre a matéria” (BRASIL, 2013c, p. 3). Foram habilitados: 7 agentes públicos/representantes de órgãos e entidades públicas, 7 associações privadas sem finalidade lucrativa, 7 associações privadas com objetivos econômicos, 1 movimento social e 4 cidadãos.

Com relação a audiência pública sobre o “novo Código Florestal”, esta foi convocada pelo Ministro Relator Luiz Fux com o propósito de ouvir entidades estatais envolvidas com a matéria, assim como de pessoas e representantes da sociedade civil, com experiência e autoridade científica, para o fim de esclarecer questões técnicas a respeito da aplicação da legislação florestal em áreas rurais e urbanas e suas consequências econômicas e ambientais, sobretudo à luz da experiência nacional e internacional sobre a matéria. Foram habilitados a participar: 16 órgãos, entidades públicas e agentes públicos, 2

associações privadas sem finalidade lucrativa, 1 associação privada com objetivos econômicos, 1 movimento social e 1 cidadão.

Apesar da diversidade de categorias participantes, em termos quantitativos, verificou-se o predomínio de órgãos, entidades e agentes públicos. Contudo, foi possível observar certa diversidade no interior dessa categoria, que nesta audiência pública foi composta por: universidades, centros de pesquisa, órgãos técnicos, agências reguladoras, agentes políticos, empresa pública etc., que não partilhavam entre si dos mesmos pontos de vista.

No tema do “armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos”, a audiência pública ficou circunscrita às partes e aos *amici curiae* que podiam “indicar peritos, além de estudiosos do tema e juristas, a serem inquiridos” (BRASIL, 2017a, p. 2). Foram habilitados a participar: 10 órgãos, entidades e agentes públicos, 2 associações privadas sem finalidade lucrativa, nenhum representante de associações privadas com objetivos econômicos, nenhum movimento social e nenhum cidadão. Houve ainda a participação de outros 5 convidados, indicados pela Academia Brasileira de Ciências Forenses, associação sem fins lucrativos.

Na audiência sobre “interrupção voluntária da gestação”, a relatora, Ministra Rosa Weber, definiu o seguinte perfil de participação: pessoas com “capacidade técnica e/ou jurisdicional da sua contribuição para o diálogo sobre a questão” (BRASIL, 2018a, p. 8), dotadas de representatividade e especialização técnica (BRASIL, 2018a, p. 7). Foram habilitados a participar: 11 órgãos, entidades e agentes públicos, 31 associações privadas sem finalidade lucrativa, nenhuma associação privada com objetivos econômicos, 9 movimentos sociais e nenhum cidadão.

Em “conflitos federativos entre os Estados e a União” a proposta era de “promoção de debate interinstitucional entre representantes da União e dos Estados-membros a Federação” (BRASIL, 2019a, p. 1) e os habilitados foram apenas 5 órgãos, entidades e agentes públicos.

A audiência pública sobre “candidaturas avulsas” foi convocada pelo Ministro Relator Luís Roberto Barroso para ouvir “os representantes dos Poderes de Estado, de instituições políticas, de partidos políticos, de movimentos sociais, de associações de direito eleitoral, bem como políticos, acadêmicos e pessoas com expertise na matéria” (BRASIL, 2018b, p. 3). Foram habilitados a participar: 5 órgãos, entidades públicas e agentes públicos, 17 associações privadas sem objetivos econômicos; nenhuma associação privada com objetivos econômicos, 10 movimentos sociais e 10 cidadãos.

As audiências em que se ampliou o escopo de participação foram: “Lei seca”, “proibição do uso de amianto”, “novo marco regulatório da TV por assinatura”, “financiamento de campanhas eleitorais”, “biografias não autorizadas” e “bloqueio judicial de serviços de trocas de mensagens por meio da internet”.

No tema da “Lei seca”, apesar de no despacho convocatório ter sido definido o perfil de participantes: “interessados e pessoas jurídicas sem fins



lucrativos deverão requerer sua participação na audiência pública [...]” (BRASIL, 2011a, p. 2), verificou-se que as categorias de participantes foram mais amplas. Foram habilitados a participar outros 11 órgãos, entidades ou agentes públicos, 11 de associações privadas sem finalidade lucrativa, 5 de associações privadas com objetivos econômicos, nenhum representante de movimentos sociais e nenhum cidadão.

A audiência sobre a “proibição de uso de amianto” teve como objetivo ouvir “órgãos técnicos e especialistas indicados pela requerente e pelos interessados admitidos como *amicus curiae*. Foram habilitados a participar: 5 órgãos, entidades ou agentes públicos. Os demais estavam divididos em 2 associações privadas com objetivos econômicos e 5 associações privadas sem finalidade lucrativa.

Na audiência pública sobre “novo marco regulatório da TV por assinatura”, destinada a ouvir especialistas, entidades reguladoras e representantes da sociedade civil, a fim de “esclarecer as inúmeras questões técnicas, políticas, econômicas e culturais relativas ao funcionamento do mercado brasileiro de TV por assinatura” (BRASIL, 2012a, p. 3), teve como rol de habilitados: 5 órgãos, entidades ou agentes públicos, 6 associações privadas sem finalidade lucrativa, 18 associações privadas com objetivos econômicos, 1 movimento social e 1 cidadão.

Uma outra questão que deve ser observada é que na convocatória dessa audiência pública, o relator adotou como perfil de participantes: “entes estatais e pessoas jurídicas sem fins lucrativos”, contudo, o número de habilitados “associação privada com objetivos econômico” supera a soma das outras 4 categorias. Considerando a temática da audiência pública, é pertinente a habilitação de pessoas da categoria C, o que se revela contraditória, na verdade, é a restrição que foi adotada na convocatória que na prática não teve efeito.

A participação na audiência pública sobre “financiamento de campanhas eleitorais” foi franqueada aos “(...) interessados, pessoas jurídicas com ou sem fins lucrativos, mas de adequada representatividade, e pessoas físicas de notório conhecimento nas áreas envolvidas” (BRASIL, 2013a, p. 3), quais sejam: econômica, política, social e cultural sobre o financiamento de campanhas eleitorais. Foram habilitados: 12 órgãos, entidades ou agentes públicos, 13 associações privadas sem finalidade lucrativa, 2 associações privadas com objetivos econômicos, 1 movimento social e 10 cidadãos.

Na convocatória da audiência sobre “biografias não autorizadas”, a Ministra Cármen Lúcia apontou que desejava ouvir “(...) especialistas, historiadores, cidadãos cujas atuações foram ou podem vir a ser temas de cuidados por escritores, juristas (...)” (BRASIL, 2013b, p. 2). Foram habilitados a participar: 5 órgãos, entidades e agentes públicos, 7 associações privadas sem finalidade lucrativa, 3 associações privadas com objetivos econômicos, nenhum representante de movimentos sociais e nenhum cidadão. Outros 2 convidados (agentes públicos, órgãos e entidades públicas) também participaram da audiência.

No despacho convocatório do “bloqueio judicial de serviços de trocas de mensagens por meio da *internet*”, afirmou-se que a audiência pública se destinava a ouvir WhatsApp, Facebook Serviços Online do Brasil Ltda., órgãos de investigação como a Polícia Federal ou o Ministério Público Federal, os já admitidos como *amici curiae*, bem como especialistas com reconhecido conhecimento sobre o tema. Foram habilitados a participar: 8 órgãos, entidades e agentes públicos, 5 associações privadas sem finalidade lucrativa, 3 associações privadas com objetivos econômicos, nenhum representante de movimentos sociais e 1 cidadão.

As 5 audiências públicas cujas categorias habilitadas foram menos diversificadas que o perfil requerido nas convocatórias foram: “internação hospitalar com diferença de classe no SUS”, “queimadas em canaviais”, “ensino religioso em escolas pública”, “direito ao esquecimento na esfera civil”, “tabelamento de fretes”.

Na audiência sobre “internação hospitalar com diferença de classe no SUS” foi designado o seguinte perfil de participantes: “(...) especialistas, representantes do poder público e da sociedade civil, que contribuam com informações técnicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas acerca da questão debatida” (BRASIL, 2014, p. 2). Foram habilitados a participar: 4 órgãos, entidades e agentes públicos, 2 associações privadas sem finalidade lucrativa, 1 associação privada com objetivos econômicos, nenhum representante de movimentos sociais e nenhum cidadão.

No despacho convocatório de “queimadas em canaviais” foi aberta a participação “a entes e órgãos estatais, pessoas jurídicas com ou sem fins lucrativos, mas de adequada representatividade ou especialização técnica, e pessoas físicas de notório conhecimento nas áreas científicas envolvidas” (BRASIL, 2012b, p. 9). Foram habilitados a participar: 10 órgãos, entidades ou agentes públicos, 2 associações privadas sem finalidade lucrativa, 17 associações privadas com objetivos econômicos, nenhum representante de movimentos sociais e nenhum cidadão.

No “ensino religioso em escolas pública”, definiu-se como perfil de participação: “representantes do sistema público de ensino, de grupos religiosos e não-religiosos e de outras entidades da sociedade civil, bem como de especialistas com reconhecida autoridade no tema” (BRASIL, 2015, p. 3). Ademais, fixou-se como critérios para habilitação: (i) representatividade da comunidade religiosa ou entidade interessada; (ii) especialização técnica e expertise do expositor; (iii) garantia da pluralidade da composição da audiência e dos pontos de vista a serem defendidos. Foram habilitados a participar 21 entidades, distribuídas assim: 7 órgãos, entidades públicas e agentes públicos, 14 de associações privadas sem finalidade lucrativa, nenhum representante de associações privadas com objetivos econômicos, nenhum representante de movimentos sociais e nenhum cidadão.

No tema do “direito ao esquecimento na esfera civil”, o Ministro Dias Toffoli, definiu o seguinte perfil de participação: “entes estatais, as entidades

da sociedade civil, as empresas provedoras e de serviços na *internet* e as associações de emissoras de rádio e televisão, de jornalismo, e de imprensa” (BRASIL, 2017b, p. 3). Foram habilitados a participar: 3 órgãos, entidades e agentes públicos, 8 associações privadas sem finalidade lucrativa, 5 associações privadas com objetivos econômicos, nenhum representante de movimentos sociais e nenhum cidadão.

Quanto à audiência pública sobre “tabelamento do frete”, esta limitou-se a um rol fechado de tradicionais intérpretes do Direito: i) Advocacia-Geral da União; ii) Ministério dos Transportes; iii) Agência Nacional de Transportes Terrestres; iv) Associação do Transporte Rodoviário de Carga do Brasil; v) Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil; vi) Confederação Nacional da Indústria; vii) Confederação Nacional dos Transportadores Autônomos; viii) Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica; ix) Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (BRASIL, 2019c, p. 3).

Por fim, as 3 audiências públicas em que verificou certa compatibilidade, ou seja, a existência de uma ou mais categorias de habilitados estava em consonância com o perfil requerido foram: “judicialização do direito à saúde”, “campo eletromagnéticos de linhas de transmissão de energia”, “liberdades públicas de expressão artística, cultural, de comunicação e direito à informação”.

Na audiência pública sobre “judicialização do direito à saúde”, designada para ouvir pessoas com experiência e autoridade em matéria de Sistema Único de Saúde, objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde, foram habilitados predominantemente órgãos, entidades e agentes públicos, sendo 25 participantes; 8 associações privadas sem objetivos econômicos; nenhuma pessoa ou entidade privada com interesse econômico; 1 movimento social e nenhum cidadão ou pessoa desvinculadas das categorias anteriores.

No tema do “campo eletromagnéticos de linhas de transmissão de energia” eram esperados especialistas, entidades reguladoras e representantes da sociedade civil. Foram habilitados a participar 6 órgãos, entidades ou agentes públicos, 5 associações privadas sem finalidade lucrativa, 3 associações privadas com objetivos econômicos, nenhum representante de movimentos sociais e 2 cidadãos.

Em “liberdades públicas de expressão artística, cultural, de comunicação e direito à informação”, Ministra Relatora Cármen Lúcia designou a audiência pública para ouvir especialistas, representantes do poder público e da sociedade civil e pessoas com experiência e autoridade no setor brasileiro responsável pela criação, produção e divulgação de todas as formas democráticas de expressão artística, cultural e de comunicação audiovisual (BRASIL, 2019b, p. 2-3). Foram habilitados a participar: 7 órgãos, entidades e agentes públicos, 8 associações privadas sem objetivos econômicos; 1 associação privada com

objetivos econômicos, nenhum movimento social e 10 cidadãos.

## Conclusão

A construção de uma decisão dialógica e democrática demanda a escuta de pessoas, órgãos, entidades públicas e privadas que possam contribuir com diferentes opiniões e assim fornecer informações que agreguem os diversos interesses particulares para a busca do interesse público. Isso pressupõe reconhecer a possibilidade de que qualquer pessoa interessada interprete a constituição, de modo que a abertura da interpretação desta não se restrinja somente a pessoas que representem o Estado, instituições, empresas ou especialistas, agregando amplos setores da sociedade civil e cidadãos comuns, capazes de relacionar seu cotidiano aos debates públicos que encontram lugar numa audiência pública.

Adotando-se o pressuposto de que quanto maior a diversidade de sujeitos, maior a probabilidade de um debate constitucional plural, é importante que a habilitação de participantes não se limite ao círculo de tradicionais intérpretes do Direito e nem de órgãos e entidades públicas, devendo ainda o debate ocorrer desvestido de tecnicismos, a fim de que amplos setores da sociedade sejam incorporados ao processo de interpretação da Constituição.

Tendo em vista o cenário de baixa diversidade no perfil de participante e a preferência por diálogos entre agentes, órgãos e instituições do setor público, faz-se necessário criar mecanismos voltados a garantir tanto a pluralidade de participantes, com uma representatividade dos atores sociais, quanto a diversidade, com a incorporação de outras vozes além daquelas identificadas com o poder público e os grupos políticos e econômicos mais organizados.

## Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Despacho convocatório de audiência pública**. Lei seca. Ministro Relator Luiz Fux. 7 nov. 2011. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdin4103/anexo/Referente\\_ao\\_Despacho\\_de\\_Convocacao\\_de\\_Audiencia\\_Publica.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdin4103/anexo/Referente_ao_Despacho_de_Convocacao_de_Audiencia_Publica.pdf). Acesso em 22 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Despacho convocatório de audiência pública**. Novo marco regulatório da TV por assinatura. Ministro Relator Luiz Fux. 29 jun. 2012a. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaTvAssinatura/anexo/Despacho\\_convocatorio\\_\\_ADI\\_4679.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaTvAssinatura/anexo/Despacho_convocatorio__ADI_4679.pdf). Acesso em 22 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Despacho convocatório de audiências públicas**. Queimadas em canaviais. Ministro Relator Luiz Fux. 29 nov. 2012b. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/RE\\_586.224.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/RE_586.224.pdf). Acesso em 23 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Despacho convocatório de audiência pública**. Financiamento de campanhas eleitorais. Ministro Relator Luiz Fux. 26 mar. 2013a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/>

anexo/ConvocacaoAudienciaPublicaFinanciamentoDeCampanhas.pdf. Acesso em 23 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Despacho convocatório de audiência pública.** Biografias não autorizadas. Ministra Relatora Cármen Lúcia. 11 out. 2013b. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Despacho\\_Convocatorio.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf). Acesso em 24 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Despacho convocatório de audiência pública.** Alterações no marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil. Ministro Relator Luiz Fux. 17 dez. 2013c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoConvocatorioDireitosAutorais.pdf>. Acesso em 24 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Despacho convocatório de audiência pública.** Internação hospitalar com “diferença de classe” no Sistema Único de Saúde. Ministro Relator Dias Toffoli. 20 mar. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoConvocatorioInternacao.pdf>. Acesso em 24 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Despacho convocatório de audiência pública.** Ensino religioso em escolas públicas. Ministro Relator Luís Roberto Barroso. 10 mar. 2015. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Despacho\\_convocatorio\\_\\_ENSINO\\_RELIGIOSO\\_EM\\_ESCOLAS\\_PUBLICAS.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Despacho_convocatorio__ENSINO_RELIGIOSO_EM_ESCOLAS_PUBLICAS.pdf). Acesso em: 22 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Despacho convocatório de audiência pública.** Convocação conjunta de audiência pública simultânea sobre os arts. 10, § 2º, e 12, III e IV da Lei n. 12.965/2014 (ADI 5.527) e suspensão do aplicativo WhatsApp por decisões judiciais no Brasil (ADPF 403). Ministros Relatores Edson Fachin e Rosa Weber. 24 nov. 2016. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI5527\\_CONVOCACAO\\_CONJUNTA\\_DE\\_AUDIENCIA\\_PUBLICA.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI5527_CONVOCACAO_CONJUNTA_DE_AUDIENCIA_PUBLICA.pdf). Acesso em: 22 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Despacho convocatório de audiência pública.** Armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos. Ministro Relator Gilmar Mendes. 24 mar. 2017a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoConvocatorioMapeamentoGenetico.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Despacho convocatório de audiência pública.** Direito ao esquecimento na esfera civil. Ministro Relator Dias Toffoli. 10 mai. 2017b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoDireitoAoEsquecimento.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Despacho convocatório de audiência pública.** Interrupção voluntária da gestação. Ministra Relatora Rosa Weber. 23 mar. 2018a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoConvocatorioInterrupcaoGravidez.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Despacho convocatório de audiência pública.** Candidatura avulsa. Ministro Relator Luís Roberto Barroso. 20 jun. 2018b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/despachoConvocatorioTabelamentoFrete.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Despacho convocatório de audiência pública**. Conflitos federativos entre os Estados e a União. Relator Ministro Luiz Fux. 5 jun. 2019a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340352415&ext=.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Despacho convocatório de audiência pública**. Liberdades públicas de expressão artística, cultural, de comunicação e direito à informação. Ministra Relatora Cármen Lúcia. 30 set. 2019b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADPF614DespachoConvocatorio.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ata de audiência**. Ministro Relator Luiz Fux. 30 set. 2019c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ARE1054490.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2020.

CAMARGO, M.; VIEIRA, J. R. O STF e as dúvidas nas audiências públicas. **Insight Inteligência**, Rio de Janeiro/São Paulo, p. 86 - 96, 30 jun. 2018.

CASSÉTE, M. Democracia como pluralidade: três interpretações conceituais. In: **Fórum Brasileiro de Pós-Graduação em Ciência Política**, 3., 2013, Curitiba. Anais eletrônico. Curitiba: UFPR, 2013. Disponível em: [https://www.academia.edu/4196333/Democracia\\_como\\_pluralidade\\_tr%C3%AAs\\_interpreta%C3%A7%C3%B5es\\_conceituais](https://www.academia.edu/4196333/Democracia_como_pluralidade_tr%C3%AAs_interpreta%C3%A7%C3%B5es_conceituais). Acesso em: 29 out. 2019.

GASPARDO, M. Democracia participativa e experimentalismo democrático em tempos sombrios. **Estudos avançados**, v. 32, n. 92, São Paulo, jan.-abr., 2018. <http://dx.doi.org/10.5935/0103-4014.20180006>.

KISCHINHEVSKY, M.; CHAGAS, L. Diversidade não é igual à pluralidade – Proposta de categorização das fontes no radiojornalismo. São Paulo, **Galáxia [online]**, n. 36, set-dez. 2017.

PEREIRA, M. A.; CARVALHO, E. Boaventura de Sousa Santos: por uma nova gramática do político e do social. **Lua Nova [online]**, n.73, pp.45-58, 2008. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452008000100002>.

SANTOS, B. de S.; AVRITZER, L. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, B. de S. (Org). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

VALLE, V. R. L. do et al. **Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

# **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E DIREITOS HUMANOS: INTERFACE ENTRE O SISTEMA CRIMINAL BRASILEIRO E A CULTURA DE PAZ**

**Ana Paula Faria Felipe**

Pós-doutoranda (PPGD/UNESA), Doutora em Direito (PPGD/UNESA). Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais (PPGSD/UFF)

## **Resumo:**

O presente trabalho teve como questão norteadora entender o funcionamento teórico-prático do Sistema de Justiça Brasileiro no âmbito da lei 11.340/2006 recorrendo, para tanto, à cultura jurídica. A partir dessa leitura, foi possível entender as dificuldades do Sistema Criminal, em especial, quando da inserção de processos restaurativos na administração dos conflitos de violência doméstica. Inicialmente, foi feito um levantamento bibliográfico e documental acerca do tema proposto que serviu como base para analisar a realidade a ser estudada. A metodologia para realizar a pesquisa de campo se deu através de uma abordagem qualitativa através de estudo de experiências de administração de parte dos conflitos que envolvem a citada Lei através das técnicas da observação participante, entrevistas e questionário. Embora os resultados apresentados, indícios demonstraram ser possível “trocar as lentes” e ter as práticas restaurativas como uma *alternativa* para administrar alguns dos conflitos criminais familiares.

**Palavras-chave:** Violência doméstica; Cultura de paz; Administração de Conflitos.

## **Introdução**

Dentre outros distúrbios sociais, a violência contra a mulher no âmbito doméstico e familiar é um mal que aflige o mundo inteiro há séculos. Razão pela qual, não podemos deixar de pontuar que a Lei 11.340/2006 foi uma grande conquista para a (e da) sociedade brasileira. Esta lei trouxe um tratamento mais rigoroso aos delitos, por ela amparados, e seu principal objetivo é coibir e prevenir a prática deste crime. Nesse contexto, o STF, em sessão plenária realizada em 09/02/2012, apreciou dois pedidos (ADI 4.424/DF e ADC 19/DF) que versavam sobre o tema, reafirmando a constitucionalidade dos dispositivos, afastando a incidência da Lei 9.099/1995 aos delitos pratica-

dos com violência doméstica e familiar contra a mulher e decidindo que nos crimes de lesões corporais leves e culposas que envolvam este gênero de violência, a ação penal é pública incondicionada, não sendo, portanto, necessária a representação da vítima.

A Lei Maria da Penha não só trouxe um tratamento mais severo aos agressores como também estabeleceu o comparecimento deles aos programas de recuperação e reeducação visando a prevenção. Nesse rigor legislativo, tivemos a promulgação da Lei 13.641, em 03 de abril de 2018, que alterou a lei 11.340/2006 para tipificar o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência.

Na contramão da referida Lei e do posicionamento do STF, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) caminha, desde 2016, no âmbito da inserção da justiça restaurativa para administrar parte dos conflitos criminais familiares.

E, de fato, em 31 de maio de 2016, o CNJ editou a Resolução nº 225, que dispôs sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e deu outras providências. Dentre estas, como se observa do Artigo 24, alterou a Resolução 128/2011, acrescentando, em seu artigo 3º, o parágrafo 3º. Lembrando que a referida Resolução 128 determinou a criação de Coordenadorias Estaduais das Mulheres em Situação de Violência Doméstica e Familiar no âmbito dos Tribunais de Justiça Estaduais e do Distrito Federal.

Resolução 128/2011<sup>1</sup>, Artigo 3º As Coordenadorias Estaduais da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar serão dirigidas por magistrado, com competência jurisdicional ou reconhecida experiência na área.

*§ 3º Na condução de suas atividades, a Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar deverá adotar, quando cabível, processos restaurativos com o intuito de promover a responsabilização dos ofensores, proteção às vítimas, bem como restauração e estabilização das relações familiares.* (Incluído pela Resolução nº 225, de 31.05.16) (grifo nosso)

Desde então, o CNJ além do ato normativo supracitado, vem promovendo eventos com a sinalização favorável à aplicação da justiça restaurativa nos delitos do âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher.

O presente trabalho é fruto da pesquisa realizada no doutorado em Direito com a tese tendo sido defendida em 2019. Minha pesquisa teve como questão norteadora entender o funcionamento teórico-prático do Sistema de Justiça Brasileiro no âmbito da lei 11.340 recorrendo, para tanto, à nossa cultura jurídica. A partir dessa leitura, foi possível entender as dificuldades do Sistema de Justiça Criminal, em especial, quando da inserção de processos restaurativos, quando cabível, na administração dos conflitos de violência do-

1 Resolução 128/2011 do CNJ. Disponível: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2574>.



méstica.

## Metodologia

Inicialmente, fiz um levantamento bibliográfico e documental (estudo teórico) acerca do tema proposto que serviu como base para analisar a realidade a ser estudada (pesquisa de campo). A metodologia, por mim utilizada, para realizar a pesquisa de campo se deu através de uma abordagem qualitativa através de estudo de experiências de administração de parte dos conflitos que envolvem a Lei Maria da Penha através das técnicas da observação participante, entrevistas e questionário.

A pesquisa de campo foi realizada na Comarca de Nova Lima (Vara Criminal única) e no 2º Juizado de Violência Doméstica e Familiar de Belo Horizonte, ambos no estado de Minas Gerais, no Brasil.

Como abordagem exploratória, visitei a Delegacia Especializada de Crimes contra a Mulher de Belo Horizonte e de Nova Lima. Entrevistei as delegadas de polícia responsáveis por estas unidades policiais, alguns dos inspetores, escrivães e algumas das vítimas que aguardavam atendimento. Enquanto esperava para ser atendida ou entre uma entrevista e outra, estava atenta observando aquele *locus*, que, embora rico de informações e vasto para explorações, defini por não o inserir no presente estudo pela razão de não ter, ali, e não estar ligado a nenhum programa de justiça restaurativa. Contudo, optei por inserir os dados, por mim colhidos, em razão da importância do que eles revelam e por ser as DEAM's uma das principais portas de entrada do Sistema de Justiça Penal.

Concomitantemente à minha pesquisa de campo, realizei uma pesquisa exploratória nos sítios eletrônicos do CNJ, da Secretaria Nacional de Políticas para as Mulheres (ligada ao Ministério dos Direitos Humanos), do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) (Fundação pública vinculada à Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República), do Instituto de Pesquisa DataSenado e Observatório da Mulher contra a Violência (ambos ligados à Secretaria da Transparência/Senado Federal), do TJMG e da Secretaria de Segurança Pública do Estado de Minas Gerais (SESP), em busca de dados de estudos no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher. Minha finalidade foi identificar características e informações do Sistema de Justiça Penal cuja competência é da Lei 11.340/2006, bem como o seu funcionamento e o reflexo desta lei na sociedade e nas pesquisas. Coletei dados quantitativos através do exame dos seguintes Relatórios de Estudos: Panorama da Violência contra a Mulher no Brasil: indicadores nacionais e estaduais (nº 1/2016 e nº2/2018); O Poder Judiciário na Aplicação da Lei Maria da Penha (2017 e 2018); Relatório Analítico Propositivo – Justiça Pesquisa/Direitos e Garantias Fundamentais: “Entre Práticas Retributivas e Restaurativas: a Lei Maria da Penha e os Avanços e Desafios do Poder Judiciário”; Violência contra a Mulher e as Práticas Institucionais (nº 52 da Série Pensan-

do o Direito); Atlas da Violência (Edições 2017 e 2018); Aprofundando o Olhar sobre o Enfrentamento à Violência contra as Mulheres (2018); Violência Doméstica contra a Mulher (2017); Diagnóstico da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (período de 2015 a 2017); Relatório de Operosidade dos Magistrados do TJMG (Vara Criminal de Nova Lima/MG e 2º Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher/Belo Horizonte). Os dados quantitativos apresentados por esses estudos são nacionais e estaduais, não sendo específicos das comarcas por mim observadas. No entanto, me reporto a eles com a finalidade de demonstrar que muitas das vulnerabilidades no enfrentamento e na administração dos conflitos domésticos contra a mulher que constatei durante o estudo de experiências das práticas restaurativas nas cidades de Belo Horizonte e Nova Lima, acontecem também nacionalmente.

## Considerações Sobre a Temática

A Lei Brasileira 11.340/2006 é considerada um marco histórico na defesa dos direitos das mulheres e, segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), é a terceira melhor e mais avançada legislação do mundo no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres. No entanto, Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) demonstram que o rigor da lei penal e as ações institucionais não têm conseguido diminuir a quantidade de processos judicializados, o que implica em reconhecer, em princípio, a não redução do índice desse gênero de violência.

Como supramencionado, o STF, em sessão plenária realizada em 09/02/2012, julgou os pedidos das ações ADC 19/DF<sup>2</sup> e ADIn 4.424/DF<sup>3</sup>, reafirmando, respectivamente, a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 44, afastando, assim, a incidência da Lei 9.099 para julgar os delitos e contravenções penais ocorridos no ambiente doméstico, e confirmando o enrijecimento da lei 11.340/2006 ao afastar as medidas despenalizadoras, impossibilitando a conciliação e reinserindo a possibilidade de prisão em flagrante nas infrações de menor potencial ofensivo definidas naquela lei.

No ano de 2015, o STJ editou a “Súmula 542 - A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada”<sup>4</sup>.

Ainda no viés do rigor legislativo no âmbito da violência doméstica, cito a promulgação da Lei 13.104/2015 e da Lei 13.641/2018. Aquela lei alterou (1) o artigo 121 do Código Penal para prever o feminicídio como qualificado-

2 Acórdão da Ação Declaratória de Constitucionalidade 19/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=217154893&text=.pdf>. Último acesso: 03/10/2018.

3 Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>. Último acesso em 03/10/2018.

4 Súmula 542 do STJ (TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 31/08/2015). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=%28sumula%20adj1%20%27542%27%29.sub.#TIT1TEMA0>

ra do homicídio e (2) o artigo 1º da Lei 8.072/1990 incluindo o feminicídio no rol dos crimes hediondos. A recente Lei 13.641 alterou a lei 11.340/2006 para tipificar o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência.

Observo, ainda, como supramencionado, que, se por um lado a Lei Maria da Penha trouxe um tratamento mais severo aos agressores, por outro, inseriu políticas sociais e protetivas estabelecendo o comparecimento dos ofensores aos programas de recuperação e reeducação visando a prevenção, ainda que seja ressaltado o caráter penal dessas medidas.

As consequências da violência doméstica atingem o sistema familiar (dimensão afetiva do conflito), que pode, também, ser considerado uma vítima desse delito. Cuidar desse sistema familiar é uma outra vertente das políticas sociais e preventivas da Lei 11.340/2006 e tem sido pauta do CNJ, como demonstra o Programa “Justiça pela Paz em Casa”<sup>5</sup>.

A presente pesquisa objetivou “olhar”, sob a perspectiva da cultura jurídica brasileira, o campo da administração de alguns dos conflitos criminais familiares através da justiça restaurativa limitando o espaço de pesquisa às comarcas de Belo Horizonte e Nova Lima. Para tanto, foi necessário direcionar o meu olhar para além da normatividade do Direito Penal.

Aos poucos fui adentrando a área das Ciências Sociais, que me deu subsídios para “*estranhar*”<sup>6</sup> (KANT DE LIMA; BAPTISTA, 2010) meus conhecimentos e convicções acerca do Direito e dos métodos auto compositivos de administração de conflitos (em especial a justiça restaurativa e a mediação penal), bem como para “*tocar as lentes*” (ZEHR, 2018) e iniciar a compreensão sobre o funcionamento teórico-prático do Sistema Judiciário Brasileiro e apreender, em campo, que o “novo – justiça restaurativa” – inserido no “velho – Sistema Judiciário hierarquizado” – gera “dilemas” fora e dentro do próprio Sistema.

Para compreender os conflitos e o sistema de justiça penal no âmbito da lei Maria da Penha é necessário olhar para aqueles que o vivenciam de forma

5 O Programa Justiça pela Paz em Casa é promovido pelo CNJ em parceria com os Tribunais de Justiça estaduais e tem como objetivo ampliar a efetividade da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), concentrando esforços para agilizar o andamento dos processos relacionados à violência de gênero. O programa também promove ações interdisciplinares organizadas que objetivam dar visibilidade ao assunto e sensibilizar a sociedade para a realidade violenta que as mulheres brasileiras enfrentam. Iniciado em março de 2015, o Justiça pela Paz em Casa conta com três edições de esforços concentrados por ano. As semanas ocorrem em março – marcando o dia das mulheres –, em agosto – por ocasião do aniversário de sanção da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) –, e em novembro – quando a ONU estabeleceu o dia 25 como o Dia Internacional para a Eliminação da Violência contra a Mulher. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/lei-maria-da-penha/justica-pela-paz-em-casa>.

6 “O olhar antropológico é, essencialmente, um olhar marcado pelo estranhamento, mas não no sentido de suspeição. Trata-se, na verdade, de uma forma peculiar de ver o mundo e as suas representações, partindo sempre, necessariamente, de um surpreender-se com tudo aquilo que, aos olhos dos outros, parece natural. (...) começar a pensar o Direito a partir de outra perspectiva que não as que vem sendo tradicionalmente utilizadas pelo campo dogmático”. Kant de Lima, Baptista, 2010, p.3. Disponível: [https://issuu.com/ineac/docs/abc\\_kant\\_e\\_barbara](https://issuu.com/ineac/docs/abc_kant_e_barbara).

ativa (envolvidos diretamente) ou passiva (envolvidos indiretamente: familiares da ofendida e do ofensor e a sociedade), bem como para as suas formas de regulação e administração (Direito/Sistema de Justiça).

A partir dessa leitura, é possível entender as dificuldades do Sistema de Justiça para o Sistema de Justiça quando da inserção do “novo” dentro do “velho”, cuja observação se deu durante a minha pesquisa de campo.

Assim sendo, tenho como “pano de fundo” desta pesquisa, a cultura jurídica brasileira para melhor apreender a prática no campo da Lei Maria da Penha, principalmente na utilização da justiça restaurativa na administração de alguns dos conflitos desta lei, cujas considerações sigo a elucidar.

Antagonicamente à nossa estrutura social, os diplomas legais, ancorados pela Carta Magna de 1988, proclamam o princípio da isonomia e o Estado passa a ser patrono da igualdade *corrigindo* (tentando corrigir) as desigualdades sociais, ou seja, o Estado passa a ser

Detentor de direitos fundamentais que deveriam ser conferidos aos cidadãos, considerados livres e iguais pelos mesmos institutos que os tutelam e que fragilizam o exercício responsável da autonomia do sujeito, enquanto titular de direitos e deveres recíprocos. Ao cabo, essa situação impede que novas formas de relações sociais sejam travadas na sociedade, posto que inexistente ambiente propício para rupturas e mudanças. Perpetua-se e reproduz-se desta forma a desigualdade em nossa sociedade. (DUARTE, 2010, p.2)

No campo prático, o Sistema Judiciário, em especial o âmbito penal, reflete a verticalização da sociedade brasileira distribuindo “justiça de forma desigual, sem muitas vezes sequer se aperceber e sem considerar o próprio conflito que lhe é apresentado” (DUARTE, 2010, p.2).

Temos, assim, um conflito que ao ingressar o Judiciário é transformado em um processo regido pelos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório<sup>7</sup>, dentre outros, até o momento em que o Estado *resolve* a demanda. Ou seja, o conflito de interesses de duas ou mais pessoas é transformado em uma lide cuja orientação, em linhas gerais, se dá pela ampla defesa e pelo contraditório para que o Estado, personalizado na pessoa do juiz, *resolva* a disputa entre os procuradores (advogados) das partes que vivenciam o conflito.

Para a presente análise, vou me ater ao princípio do contraditório, que remete à lógica do contraditório. O Princípio do contraditório “deve ser entendido não apenas como a possibilidade dialética de dizer e contradizer, mas sim pressupondo que as alegações sejam consideradas pelo magistrado ao formar seu convencimento e decisão” (DUARTE; IORIO FILHO; 2015, p.26).

<sup>7</sup> Princípios da ampla defesa e do contraditório, dispostos na Constituição Federal Brasileira de 1988, artigo 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

Assim é a previsão legislativa e doutrinária que colocam o processo judicial no âmbito do “*dever ser*”. Entretanto, a lógica do contraditório, categoria do “*ser*” (DUARTE; IORIO FILHO; 2015), nos permite compreender o plano discursivo no campo jurídico empírico. Há uma competição entre correntes doutrinárias *contraditórias* apresentadas pelas partes adversárias que se digladiam fomentando o conflito. Ao final do processo judicial, tem-se uma parte “vencedora” e a outra “perdedora”, inexistindo a possibilidade de consenso na resolução tendo em vista que o magistrado, na sua *sentença*, escolhe uma das correntes para *fundamentar* sua decisão.

Os professores Fernanda Duarte e Rafael Iorio Filho (2015, p.28-29) traduzem, de forma clara, a lógica do contraditório e a sua operacionalização:

*Esta lógica não permite a construção de sentidos compartilhados, isto é, não opera consensos ou verdades consensualizadas que possibilitariam a administração do conflito social trazido aos tribunais, com a internalização das regras jurídicas pelos cidadãos, que passariam a compreender e entender as normas vigentes a partir do sentido a elas atribuído, possibilitando uma melhor orientação de suas condutas.*

Ao revés, o contraditório, por não definir sentidos claros e desta forma pouco contribuir para objetivar os comportamentos sociais, fomenta mais conflitos e divergências, pois permite que haja a solução do processo, com a escolha de uma das interpretações possíveis do direito, sem que o conflito seja necessariamente administrado, tratado ou mediado, e assim devolvido à sociedade. Ora, se a socialização é um processo de adaptação do indivíduo na sociedade, operando no sentido da internalização das normas sociais (inclusive as jurídicas), se não há clareza de sentidos, se não há sentidos compartilhados, não há direção ou instruções claras aos membros da sociedade e/ou a seus órgãos sobre como devem agir sob determinadas circunstâncias. Assim, diminui-se a previsibilidade das expectativas e condutas humanas, aumentando-se as chances de ocorrer disputas e/ou conflitos, por falta de sensibilidade jurídica ou sentimento social que valorize a segurança.

Essa desconsideração do conflito leva a um distanciamento entre o juiz e a sociedade/cidadão e concorre também para manter um sistema que reproduz vertiginosamente ações judiciais, materializado em um número inadministrável de processos. Interessante observar que, para o Direito, de forma coerente com que estamos descrevendo, e confirmado pela doutrina processualista brasileira quando sustenta a autonomia do processo, não importa o tipo de solução encontrada, mas sim que se opere o encerramento da relação processual, que tecnicamente se denomina “extinção do processo”. Se o processo chega a seu final – o que se dá com a prolação da sentença, confirmada ou revista em definitivo pelos tribunais que se sobrepõem ao juiz –, cumpre-se a missão, com a entrega da prestação jurisdicional, concretizada na decisão tomada pelo julgador. Tanto é que são propostas duas outras categorias técnicas que permitem a absorção, pelo sistema, de qualquer resultado a ser dado, pelo juiz, ao processo. São elas: as sentenças definitivas e as sentenças terminativas.

Temos, assim, no campo empírico do sistema judiciário, a lógica do contraditório e, conseqüentemente, a invisibilidade do conflito social. Temos um Estado Patriarcal, detentor dos direitos fundamentais e responsável por trazer a igualdade aos cidadãos e para tanto, o Poder Judiciário atua de *forma desigual*. E, na esteira de Garapon & Papadopoulos (2008), o sistema penal é a parte mais expressiva da Justiça. É também, no sistema penal, o âmbito em que se torna mais nítido a *invisibilidade do conflito* e a *desigualdade no tratamento aos indivíduos*, por parte do Estado. A distribuição de direitos constitucionais no Brasil, como bem lembrado por Kant de Lima (2016, p.508), não se configura de maneira uniforme entre os cidadãos.

Contudo, somos seres dinamicamente reconstruídos pela cultura (GEERTZ, 2008), o que implica na hipótese que alterar a cultura podemos ter/ser indivíduos com atitudes diferentes, voltadas para a reconstrução histórico-cultural através do diálogo, com assento no direito fraterno e que refletirá na nossa cultura jurídica, que, segundo Garapon & Papadopoulos (2008), se de um lado pode ser definida como um modo de produção da verdade no qual se dá a capacidade de apreender o novo pela abordagem entre os dois universos da cultura jurídica externa e cultura jurídica interna; por outro, pode ser abordada no sentido de uma configuração do político como uma das hipóteses para identificar as forças motrizes que dão a cada cultura o seu dinamismo.

## Resultados

Diante do estudo de dois casos<sup>8</sup> encontrados no meu campo através, principalmente, das técnicas da observação participante e de entrevistas, bem como das pesquisas exploratórias acima mencionadas me foi possível compreender a prática jurisdicional do fenômeno social da violência doméstica e familiar contra a mulher, da forma como os envolvidos (diretos e indiretos) nessa demanda e o Sistema de Justiça o enfrentam, bem como as suas implicações (dilemas, controvérsias e demandas) e, por fim, a premência desses dois Juízos, Vara Criminal de Nova Lima e 2º Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, em buscar alternativas para administrar os conflitos criminais familiares.

As instituições que formam a rede de enfrentamento à violência doméstica e familiar do Sistema de Justiça, bem como os sujeitos que vivenciam, de alguma forma, esta violência (vítimas diretas e indiretas e agressores) estão cercados de “dilemas” no seu dia a dia. E, ao longo desses anos, têm-se discutido sobre os caminhos a serem abordados na tentativa de reduzir os números dos processos criminais, de prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher e de promover uma cultura de paz. Durante a minha pesquisa de campo, foi possível detectar dificuldades, limites e adversidades para operaciona-

---

8 Pesquisa de campo realizada com foco na Vara Criminal de Nova Lima e no 2º Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Belo Horizonte/MG, Brasil.

lizar a lei 11.340/2006. Dentre elas e sem adentrar as suas temáticas, posso citar: Número de demandas X Número de profissionais; Número de Demandas X Espécies de Conflitos; Casos graves de violência doméstica e familiar contra a mulher; Desconhecimento, pelas partes, do funcionamento do Sistema de Justiça; Falta de tratamento adequado para o Ofensor (o que resulta no não tratamento de uma das causas desse tipo de delito e, conseqüentemente, provoca a reincidência); Reincidência.

Por outro lado, percebi, em alguns profissionais que atuam neste âmbito, um empenho para administrar esses conflitos de forma humanizada e, por isso, buscam novas possibilidades enfrentando, muitas vezes, resistências impostas pelo próprio ambiente de trabalho e, principalmente, pela nossa cultura jurídica inquisitorial (KANT DE LIMA, 1999) que permeia o Direito e a comunidade como um todo dificultando uma abordagem consensual na administração do conflito.

## **Considerações Finais**

A presente pesquisa teórico-prática me permitiu compreender e visualizar um novo horizonte sobre o mundo da pesquisa, sobre o sistema jurídico brasileiro; sobre a implantação da justiça restaurativa no atual sistema penal.

O caminho para a pesquisa qualitativa se deu pelo meu interesse em entender e, posteriormente, demonstrar a realidade da gestão de conflitos no âmbito da Lei 11.340/2006 no sistema penal ou extrapenal brasileiro. A metodologia utilizada, bem como as entrevistas/conversas semiestruturadas, a observação participante, as conversas informais com as vítimas, tornou possível apreender muitos fenômenos que poderiam passar despercebidos, bem como foi possível compreender que é necessário “trocar as lentes” para inserir, no Sistema Judiciário Brasileiro, a administração de conflitos, em especial os criminais familiares.

As modificações introduzidas nas normas, sejam estas editadas apenas pelo CNJ ou não, não são suficientes para estimular a mudança na postura dos operadores do Direito, haja vista a Lei de Mediação. Necessário que seja feito um trabalho junto à sociedade, trabalhar a cultura do consenso junto às faculdades de direito (formação dos novos operadores do Direito). “Cultura é a soma de lições infinitamente repetidas no tempo. Virtude é o resultado de experiências incomensuravelmente recapituladas na vida”. (XAVIER, 2006, p.86)

Observei, durante a presente pesquisa, que a Lei Maria da Penha está funcionando como a porta de entrada do ‘Sistema’. Estima-se que grande parte dos casos que, hoje, desaguam na Vara Criminal/Juizados Especializados, congestionando o Judiciário neste âmbito, são casais que não conseguem administrar, entre eles, os seus conflitos. Alguns destes tem um viés da violência doméstica, contudo, ainda não são casos para que sejam tratados pela referida lei ou, por sua vez, que esta legislação adequasse a forma de adminis-

trar tais conflitos às necessidades dos envolvidos. Essa adaptação na prestação jurisdicional se fundamenta pela própria função do Poder Judiciário. E, se esse critério, por si só não se justificar, tem-se que observar, dentre outros, do Princípio Penal da *Ultima Ratio*.<sup>9</sup>

Por mais que ainda prevaleça na nossa cultura jurídica o inquisitorialismo, a lógica do contraditório, o autoritarismo e controle, por parte do Judiciário, na resolução de demandas, é apropriado pontuar que, ao abrir espaço para a justiça restaurativa e para a mediação como uma alternativa de administrar conflitos, transformações, mesmo que lentas, estão adentrando o nosso Sistema de Justiça, inserindo novos princípios, novos atores, novas práticas e um novo caminho para gestão das relações sociais, pautado numa cultura da não violência, do autocontrole e, em especial, do respeito ao próximo como parte do reconhecimento de si mesmo, ou seja, dignidade intrínseca e autonomia da vontade.

A partir das observações no campo prático, considero ser possível “trocar as lentes” e que há um campo fértil entre os operadores do direito, bem como entre os envolvidos diretos nesse gênero de conflito, para que a justiça restaurativa possa ser utilizada, na prática, como instrumento penal e extrapenal para a administração de parte dos conflitos criminais previstos na Lei 11.340/2006, e que o sistema carcerário e da lei penal possam ser utilizados para os casos graves ou para aqueles que não possam ser administrados sem restrição de liberdade do agressor.

## Referências

DUARTE, Fernanda. VERBETE sobre igualdade. In: **Dicionário de Princípios Jurídicos**. KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio; TORRES, Ricardo Lobo. Dicionário de princípios. São Paulo: Editora Campus/Elsevier; 1ª ed.; 2010. Disponível em: [https://www.academia.edu/14314937/Princ%C3%ADpio\\_da\\_Igualdade\\_no\\_Direito\\_Constitucional](https://www.academia.edu/14314937/Princ%C3%ADpio_da_Igualdade_no_Direito_Constitucional).

FELIPE, Ana Paula Faria. Desenvolvimento Normativo da Justiça Restaurativa no âmbito Nacional e na comarca de Belo Horizonte/MG: Uma porta de acesso à Administração de Conflitos Penais. In: **Mediações: Discursos, Práticas e Reflexões**. Org.: DUARTE, Fernanda; IORIO, Rafael; FELIPE, Ana Paula Faria; MEIRELLES, Delton. Niterói: Editora PPGSD/UFF. 2017.

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: Cultura Jurídica Francesa e *Common Law* em uma Perspectiva**

9 Segundo Bitencourt (2008, p.13), “O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade”.



Comparada. Tradução: Regina Vasconcelos. Revisão: Mirian Alves de Souza. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GEERTZ, Clifford. **A Interpretação das Culturas**. Tradução de: The interpretation of cultores. 1 ed. 13reimpr. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

IORIO FILHO, Rafael Mario; DUARTE, Fernanda. A Lógica do Contraditório: ainda somos medievais. In: Gustavo Silveira Siqueira; Antonio Carlos Wolkmer; Zélia Luiza Pierdoná. (Org.). **História do Direito**. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015, v. 1, p. 22-45. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/405y75l2/pl1lO2aGtQDxF62B.pdf>.

KANT DE LIMA, Roberto; LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. **O desafio de realizar pesquisa empírica no Direito**: uma contribuição antropológica. *Paper* apresentado no 7º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política realizado em Recife/Pernambuco. Agosto/2010. Disponível em: [https://issuu.com/ineac/docs/abcp\\_kant\\_e\\_b\\_rbara](https://issuu.com/ineac/docs/abcp_kant_e_b_rbara).

\_\_\_\_\_. Polícia, Justiça e Sociedade no Brasil: Uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público. **Revista de Sociologia e Política**. Nº 13: 23-38 Novembro de 1999. (versão on-line). Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/39241/24062>.

ZHER, Howard. **Trocando as lentes**: Um novo foco sobre o crime e a Justiça. São Paulo: Editora Palas Athena, 2018.

\_\_\_\_\_. **Justiça Restaurativa**. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2015.

# DILEMAS DA IGUALDADE NA CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA

**Maria Carolina Rodrigues Freitas**

Doutora (2020) e Mestre (2015) pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2008) e Bacharel em História pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2004). Pesquisadora do Núcleo de Estudos sobre Direito, Cidadania, Processo e Discurso e do Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos

## **Resumo:**

Esta comunicação pretende expor um brevíssimo resumo de minha pesquisa doutoral. Meu trabalho parte do pressuposto de que o Direito é algo criado pela comunidade política e não um fenômeno inerente à natureza homem. Elegi o direito a igualdade jurídica para empreender uma análise desta tão peculiar sensibilidade jurídica em nossa comunidade política brasileira. Partindo deste pressuposto, a tentativa aqui é traçar o sentido atribuído ao valor igualdade na sociedade brasileira ao longo de sua experiência republicana. Na nossa experiência passamos da igualdade perante lei enquanto um amargo remédio aos desprovidos de compadrio, à igualdade jurídica como bandeira para a desigualação institucionalizada posta em marcha pelo Estado. Para isso analisarei a forma como o conhecimento dogmático apresenta o tema e o papel que suas formulações ocupam na formação da sensibilidade jurídica sobre a igualdade jurídica.

**Palavras-chave:** Igualdade; Privilégio; Sensibilidade Jurídica.

## **Considerações iniciais**

Antes de ingressarmos no objeto da pesquisa, são indispensáveis alguns esclarecimentos preliminares sobre o referencial teórico utilizado e os recortes empreendidos. Neste diapasão, o fio condutor que orienta a formulação sobre o objeto é o conceito de sensibilidade jurídica desenvolvido por Clifford Geertz.

O Direito é algo criado pela comunidade política e não um fenômeno inerente à natureza do homem. Ainda que tenhamos em conta as diversas semelhanças em várias normas e institutos jurídicos de diversas sociedades, o direito não é uma entidade metafísica que habita a razão de todos os homens.

O direito é um fenômeno social e político criado por uma determinada comunidade. As comunidades políticas, onde são produzidas estas regras, imprimem sua marca cultural na medida em que tentam compatibilizar as características gerais que se espera encontrar nos ordenamentos jurídicos com valores particulares daquela sociedade, fundando institutos que, mesmo presentes nos mais variados sistemas jurídicos, possuem características peculiares. Mais do que simples reflexo das forças culturais e políticas de uma sociedade, o Direito é uma força construtiva desta sociedade, promovendo um diálogo entre o abstrato e o real com fins pragmáticos.

A esta dialética entre o abstrato e o real, Geertz nomeia como sensibilidade jurídica (GEERTZ, 1997). Esta sensibilidade irá variar entre as sociedades, não podendo o Direito ser considerado como um Direito único e universal, posto que a dimensão desta interação e sua influência que exerce na comunidade se apresenta em graus variados. Por tal razão é de suma importância compreender que a igualdade jurídica na realidade brasileira não é experimentada na mesma dimensão de outras comunidades políticas, que na realidade se distancia em muito das tradicionais definições fundadas pelas teorias do Direito de cunho liberal. A realidade brasileira e suas idiosincrasias jurídicas cunha uma igualdade que é mais uma meta abstrata do que um valor informativo do Direito.

Para avaliar como nossa sensibilidade jurídica forja a compreensão sobre a igualdade jurídica, esta pesquisa empreendeu uma análise sobre as definições da dogmática brasileira sobre o tema ao longo do período republicano nos moldes da sociologia do conhecimento de Norbert Elias (ELIAS, 2008). Este recorte temporal que concentra a análise após a Proclamação da República se justifica pela inauguração de um novo sistema político no Brasil que modifica o status do indivíduo e, em via de regra, altera sua compreensão sobre o direito e a igualdade jurídica.

A seleção das fontes desta pesquisa se estabeleceu através de um trabalho retrospectivo. Parti das principais referências acadêmicas sobre o tema igualdade jurídica na atualidade e busquei nelas seus referenciais antecedentes, caminhando no sentido inverso da marcha do tempo até as produções elaboradas no final do século XIX.

Sendo a pretensão deste trabalho a de identificar modos de pensar, permanências no conhecimento sobre o tema, é preciso rastrear produções ao longo do período proposto para que, pela pertinência da referência e sua repetição, possamos considerar uma dada obra como relevante para a pesquisa. Este artigo pretende apresentar este caminho percorrido pela pesquisa, as categorizações que foram possíveis de serem elaboradas e a consequência destes modos de pensar para a formulação da compreensão brasileira sobre igualdade jurídica.

## A Escolha das Fontes

Considerando que o estudante do curso de Direito tem contato com o conceito de igualdade jurídica na disciplina de Direito Constitucional e tendo em conta que era preciso identificar quais as obras dogmáticas serviam de base para esta disciplina, por existir uma vasta oferta de cursos de graduação em Direito no Brasil, foi realizado um recorte limitando a busca ao programa da disciplina no curso de Direito da Universidade de São Paulo e da Universidade Estácio de Sá.

Tal recorte não é arbitrário, a conveniência se justifica pela importância destas duas instituições. A Faculdade de Direito da USP pela importância histórica e o grande volume de ex-alunos que alcançaram grande relevância na produção de sentido do Direito brasileiro e a Universidade Estácio de Sá pelo quantitativo expressivo de alunos formados a cada semestre.

Nos programas da disciplina Direito Constitucional ofertada por essas instituições, foi possível identificar as seguintes referências de leitura sobre o tema: a) Conteúdo jurídico do princípio da igualdade de Celso Antônio Bandeira de Mello; b) Curso de Direito Constitucional de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Branco; c) Curso de Direito Constitucional de André Ramos Tavares; d) Direitos humanos fundamentais e Princípios fundamentais do direito constitucional, ambos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho; e) Curso de Direito Constitucional de Guilherme Peña de Moraes e f) Curso de Direito Constitucional de Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. Partindo destas obras pude identificar as principais referências para a definição da igualdade jurídica para estes autores e assim caminhar na busca pelos seus antecedentes teóricos.

Comparando as referências, procuramos repetições, considerando como relevante a repetição por 3 ou mais vezes da obra, e alcançamos as seguintes fontes: a) Oração aos moços (1921) de Rui Barbosa; b) Igualdade de todos perante a lei (1947) de Francisco Campos; c) Problemas de Direito Positivo (1953) de Santiago Dantas; d) O Princípio Constitucional da Igualdade Perante a Lei e o Poder Legislativo (1955) de Miguel Seabra Fagundes; e) Comentários à Constituição de 1967 de Pontes de Miranda; f) Conteúdo jurídico do princípio da igualdade (1978 e 2000) de Celso Antonio Bandeira de Mello; g) Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica (1996) de Cármen Lúcia Antunes Rocha; h) Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade (2001) de Joaquim Barbosa Gomes.

Me debrucei sobre estas fontes selecionadas, das mais antigas para as mais novas, buscando analisar os seguintes pontos: definição de igualdade, compreensão sobre desigualdade, influências da dogmática estrangeira e nacional e percepção do Autor sobre o seu contexto social. Minha análise levou em consideração a formação do Autor e a conjuntura em que ele elaborou seu trabalho.

## Rui Barbosa

O primeiro texto analisado foi o discurso preparado por Rui Barbosa em 1921 para ser proferido na formatura da turma de 1920 da Faculdade de Direito de São Paulo. Vários trechos do texto conhecido como Oração aos Moços são vulgarmente reproduzidos por diversos autores ao longo do tempo. Especificamente sobre o tema igualdade, várias obras se utilizam da seguinte fórmula de Rui Barbosa para tratar o assunto: “igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam” (BARBOSA, 1997, p.26).

Algumas questões devem ser consideradas para interpretar o texto de Rui Barbosa. O já célebre jurista, formado pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, constituinte, então senador pela Bahia e advogado, escreve seu discurso após quase 30 (trinta) anos da primeira Constituição brasileira, numa conjuntura social em que crepitavam movimentos grevistas reclamando melhores condições de trabalho e vida e crescia a oposição à coalização política entre a elite paulista e mineira. Portanto, é importante que tenhamos em conta que Rui Barbosa escreve animado por um pensamento liberal clássico, mas ciente das mazelas políticas e sociais que caracterizavam este terço final da República Velha.

Rui Barbosa reconhece que os homens são naturalmente desiguais e suas vidas são expressão daquilo que herdaram – pela sua natureza – e daquilo que criaram – pelo seu trabalho. Em sendo assim a desigualdade social é algo natural que só pode ser combatida pelo trabalho, não concebendo como moralmente válido a pretensão de “não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem” (BARBOSA, 1997, p.26). Para justificar sua posição Rui Barbosa se ampara na filosofia clássica e na filosofia cristã, numa nítida resposta ao pensamento anarquista.

Assim, o tratar desigual na medida da desigualdade não representava atribuir uma condição jurídica diferenciada para compensar uma desigualdade social prévia. A superação da diferença não se dava pela igualdade jurídica, mas pelo mérito, pelo trabalho daqueles que se esforçavam para superar sua condição natural e galgar uma condição diferenciada. Esta interpretação à fórmula da igualdade cunhada por Rui Barbosa fica cristalina na seguinte passagem: “a sociedade não pode igualar os que a natureza criou desiguais, cada um, nos limites da sua energia moral, pode reagir sobre as desigualdades nativas, pela educação, atividade e perseverança. Tal a missão do trabalho” (BARBOSA, 1997, p.26).

## Francisco Campos

Vasculhando as referências que foram identificadas na pesquisa, um segundo nome que surgiu foi de Francisco Campos. Em extremo oposto à Rui Barbosa, Francisco Campos é um ferrenho antiliberal e reconhecidamente o mentor do modelo de Estado posto em construção por Getúlio Vargas. A

produção de Campos que surgiu referenciada por mais autores foi um parecer elaborado em 1947 sobre a incompatibilidade dos decretos-leis nº6.425, de 1944, e nº 7.669, de 1945, com a Constituição de 1946.

O Autor delibera sobre o conteúdo do princípio da igualdade, sua função no sistema jurídico e a quem ele está dirigido. Seu texto tem marcante influência da doutrina jurídica alemã e constitucional americana. Ele constrói seu raciocínio considerando dois fundamentos para sustentar a igualdade jurídica: a livre concorrência que comanda as relações sociais e a generalidade/abstração que caracteriza o comando de uma lei.

A igualdade jurídica entre todos não representa a integralidade dos sujeitos sociais, mas ao grupo de pessoas que tem algo em comum, não podendo diferenciar aqueles que se encontram em igualdade “de estado, de circunstâncias, de atividade, de profissão ou de negócio” (CAMPOS, 1947, p.57) em “relações de absoluta identidade, semelhança ou equivalência” (CAMPOS, 1947, p.77). Repetindo a fórmula de Aristóteles, Campos enfatiza que só há igualdade “se há uma medida comum entre os casos ou as pessoas que devem ser tratados igualmente” (CAMPOS, 1947, p.57).

Se o objetivo da igualdade é garantir a livre concorrência e se admite-se que há uma diferença substancial entre indivíduos, não existe igualdade jurídica entre diferentes, somente é possível apurá-la entre iguais.

## **San Tiago Dantas**

O terceiro nome que surgiu na pesquisa foi de San Tiago Dantas, com sua obra Problemas de Direito Positivo de 1953. Dantas era jurista, formado pela Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, e político ligado ao PTB, trabalhou como assessor pessoal de Vargas em seu governo democrático, e exerceu importante papel como Ministro das Relações Exteriores e Ministro da Fazenda no governo de João Goulart. Na política internacional seu nome ficou conhecido pela defesa de uma postura independente do Brasil no cenário internacional.

O autor estabelece que o debate sobre a igualdade jurídica é fruto de um conflito entre a igualdade perante a lei e “a faculdade que se reconhece ao Poder Legislativo de fazer não só leis aplicáveis igualmente a todos, como leis de exceção adequadas a espécies e situações” (DANTAS, 2004, p.24). Portanto a igualdade jurídica é um valor que limita o poder legislativo e que, por via de controle de constitucionalidade, transborda para uma ação do poder judiciário.

Essa igualdade que condiciona a atuação do legislador ele chama de igualdade objetiva. A igualdade na aplicação da lei, que impede o tratamento diferenciado entre aqueles que a lei iguala, ele nomeia de igualdade subjetiva, constituindo um norte interpretativo para o Executivo e o Judiciário.

Para o autor o que fere a igualdade objetiva é a atuação do legislador que contraria a generalidade e a abstração, que deveria garantir o tratamento

igual a todos que se encontram em igual situação. Em sendo assim, diferenciações naturais e razoáveis através de uma lei são possíveis. Dantas sustenta essa conclusão na premissa de que o legislador precisa formular lei com comandos diferenciados para atender distinções que se expressam naturalmente na sociedade. Afirma o autor que “essas distinções, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade” (DANTAS, 2004, p.38).

Contudo, mais à frente em seu texto, quando descreve a igualdade civil, Dantas traz uma grande inovação se compararmos com os autores até aqui vasculhados: a ideia de compensação. A desigualdade social é ínsita às comunidades políticas, mas a igualdade civil é “um esforço para balanceá-la, compensando o jogo das inferioridades e superioridades de modo que elas não favoreçam também uma desigual proteção jurídica” (DANTAS, 2004, p.74).

Assim, a igualdade jurídica pensada por San Tiago Dantas é a conjunção entre a generalidade da lei para aqueles sujeitos que se encontram na mesma situação e a distinção entre aqueles que são diferentes como forma de garantir que a igualdade absoluta não represente uma reprodução da diferença, favorecendo ainda mais aqueles que naturalmente já encontram superioridade de condições materiais, ao que Dantas nomeia de igualdade proporcional.

## **Miguel Seabra Fagundes**

Miguel Seabra Fagundes, Ministro da Justiça no governo de Café Filho e famoso por suas obras sobre Direito Administrativo, formou-se pela Faculdade de Direito do Recife. Em seu texto “Princípio constitucional da igualdade perante a lei e o poder legislativo” de 1955 nos apresenta uma compreensão sobre igualdade assentada na obra de Dantas e com forte influência de Francisco Campos.

Inicia partindo do mesmo pressuposto destes dois citados autores: o princípio da igualdade jurídica é direcionado ao legislador para que não crie discriminações arbitrárias e contrárias à abstração e generalidade que caracterizam a lei. Contudo ele entende que este critério de igualdade se manifesta diferente na formulação de leis materiais e leis formais.

Diante de uma lei formal (ato normativo de individualização), o legislador deve agir de modo a não aplicar a lei material, que deu ensejo ao ato, de modo diferente em situações idênticas. O problema surge quando o legislador edita lei formal sem que haja lei em sentido material sobre a conduta a ser adotada, nesta hipótese deve resguardar a igualdade conjecturando as hipóteses futuras que serão também enquadradas pela lei. E se a situação regulada pela lei em sentido formal for absolutamente singular, sem que seja possível prever situação idêntica no futuro, estará dispensado de cumprir com o princípio da igualdade, posto que “onde uma só existe não é possível indagar se houve tratamento igual ou discriminatório” (FAGUNDES, 1955, p.9).

Para leis em sentido material (normas gerais e abstratas), o princípio da

igualdade significa para o legislador “que, ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições - os mesmos ônus e as mesmas vantagens – situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas” (FAGUNDES, 1955, p.5).

Há nessa definição uma nítida remissão à concepção de Rui Barbosa. Porém se afasta daquele jurista e segue a linha de Dantas, ainda que de maneira muito tímida, ao afirmar que é possível estabelecer distribuição de encargos e benefícios entre desiguais na proporção da sua desigualdade nos casos em que a “desuniformidade das condições de vida justifique a diferenciação dos critérios legais” (FAGUNDES, 1955, p.6)., dando como exemplo a legislação trabalhista que onera o empregador e beneficia o empregado como forma de compensar a desigualdade existente nessa relação. Denota-se com os seus exemplos que na sua fórmula de igualdade coexiste a interpretação pela institucionalização da hierarquia social com a interpretação pela promoção de uma igualdade proporcional.

## **Pontes de Miranda**

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda é sem dúvida um dos nomes mais conhecidos no Direito brasileiro. Formado pela Faculdade de Direito do Recife em 1911, produziu uma vasta obra em diversos ramos do direito, da sociologia, filosofia, psicologia e matemática. Seus textos são habitualmente referenciados como atemporais.

Embora Pontes de Miranda escreva o texto analisado em plena ditadura militar, sendo um adepto do positivismo sociológico e já gozando de grande prestígio, estabelece duras críticas às desigualdades sociais. De todos os textos analisados até esse momento, pude identificar nele uma grande mudança na compreensão da igualdade com a afirmação de que todos os homens são, na sua essência, iguais. Até então víamos uma compreensão da igualdade que partia da diferença. Em Pontes de Miranda seu ponto de partida é a igualdade dos homens.

Para Pontes de Miranda aquilo que diferencia os homens advém de suas aptidões físicas ou de preconceitos. As diferenças naturais, aquelas identificadas no âmbito dos fatos, admitem o tratamento desigual como forma de proteger os sujeitos dentro de suas aptidões. Ainda que acolha a diferença, todos homens compartilham um fundo comum de valores e aptidões, e neste aspecto em que se equivalem devem ser tratados como iguais posto que, as diferenças não “bastam para que se negue a igualdade dos homens” (PONTES DE MIRANDA, 1967, p.673).

Já os preconceitos, estes não podem fundamentar um tratamento desigual para sua manutenção. Para Pontes de Miranda os preconceitos são diferenças artificiais, qualidades que se atribuem às pessoas e que persistem como modo de justificar a tradição e a manutenção de status sociais. Para o autor estes preconceitos encontram assento na ciência e no Direito o que fica claro



com suas afirmações de que “sempre houve teóricos da superioridade racial ou de certas classes” (PONTES DE MIRANDA, 1967, p.686) e “a desigualdade cresceu, principalmente quando as leis mesmas, desde a antiguidade, favoreceram a formação e conservação das desigualdades” (PONTES DE MIRANDA, 1967, p.687).

O autor propõe então que para afastar esses preconceitos o Direito deve promover uma “igualização” através de uma política que substitua os preconceitos por “julgamentos, mais perto dos fatos, que assegurem a igualdade” (PONTES DE MIRANDA, 1967, p.673) e proporcionando materialmente mais elementos comuns a todos os homens. Contudo sua proposta não é de uma igualdade material absoluta, esta qualificada como impossível pelo Autor, mas sim de uma igualdade naquilo em que os homens são de fato iguais, garantindo a livre expressão da variedade humana. Com esta missão conferida ao Direito, àquela igualdade formal da lei e perante a lei já não é suficiente. É preciso garantir a igualdade jurídica, política e econômica.

### **Celso Antônio Bandeira de Mello**

O sexto autor localizado por minha pesquisa foi Celso Antônio Bandeira de Mello, jurista formado pela PUC-SP, ganhou expressiva notoriedade pelas suas obras de Direito Administrativo e possui um dos livros mais citados sobre igualdade jurídica, qual seja, o Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.

Para o autor a igualdade é um preceito fundamental que garante não ser a lei “fonte de privilégios ou perseguições” (MELLO, 2000, p.10). Contudo ele admite que a diferença na sociedade é algo natural e que algumas diferenças são relevantes a ponto de justificar uma discriminação por lei que vise “distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos” (MELLO, 2000, p.11), se atendidos alguns critérios. Fica claro que a desigualdade jurídica é uma escolha e ela pode ser controlada. O autor passa então a descrever quais esses critérios que tornam a desigualdade jurídica tolerável.

O primeiro dos critérios é de que a “desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo” (MELLO, 2000, p.41). O segundo critério é “que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados” (MELLO, 2000, p.41), ou seja, o elemento considerado como relevante para ensejar a desigualação não pode ser neutro ou comum a todos. A “correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico” (MELLO, 2000, p.41) é o terceiro critério elencado pelo autor que ele chama de correlação abstrata. Como último critério Mello elenca a pertinência deste tratamento diferenciado perante os valores constitucionalmente protegidos.

## **Cármem Lúcia Antunes Rocha**

Cármem Lúcia Antunes Rocha, graduou-se pela Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas, é Ministra do Supremo Tribunal Federal desde junho de 2006 foi a primeira mulher presidente do Tribunal Superior Eleitoral entre 2012 e 2014. A autora sugere com sua compreensão de igualdade que devemos empreender uma revolução nos paradigmas jurídicos através da teoria da affirmative action norte-americana.

Ela retoma a compreensão de Pontes de Miranda de que a vinculação do princípio abrange não só os três poderes do Estado, mas também a esfera privada. Ela retoma também a proposta de Pontes de Miranda de invocar um papel ativo do Direito que por ele foi nomeado de igualização e por ela é nomeado de igualação. A igualação seria uma conduta ativa, um processo dinâmico, que desiguala juridicamente os socialmente desiguais como forma de superar essa desigualdade substancial.

A autora propõe então que o princípio da igualdade precisa ser transmutado de uma conduta negativa, impedindo a discriminação formal, para uma conduta ativa promovendo uma transformação social que viabilizará a efetividade a igualdade formal. E esta transformação seria ordenada pela própria Constituição no art. 3º ao elencar como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

## **Joaquim Barbosa Gomes**

O oitavo texto analisado é Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade de Joaquim Barbosa. O ex-ministro do STF, formado pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, escreveu o texto em 2001, antes de assumir seu posto naquele Tribunal. Enfático defensor de ações afirmativas, embora tenha sua carreira no STF marcada pela atuação no julgamento do mensalão e, neste texto específico, trabalha o modo como as ações afirmativas se estabeleceram no sistema jurídico norte-americano.

Ele parte daquele mesmo pressuposto apresentado por Pontes de Miranda: o de que os homens são naturalmente iguais. Numa leitura marcadamente hobbesiana da sociedade, as diferenças são construídas culturalmente através de um processo de discriminação que estruturam a hierarquia social.

A igualdade jurídica seria então uma construção formal empreendida pelo Estado Moderno que pretende garantir, abstratamente, a abolição de privilégios, reproduzindo na dimensão do direito a igualdade que existe na natureza e garantindo que o Estado mantenha uma posição de neutralidade entre os sujeitos sociais. Essa proposta liberal clássica de igualdade jurídica, meramente formal, se mostrou insuficiente.

Propõe então que, a compreensão sobre a igualdade jurídica abandone o

formalismo e passe a considerar que, em razão de desigualdades econômicas e sociais, o direito à igualdade estampado nas constituições representa um dever do Estado de concretizar uma igualdade substancial de sujeitos socialmente fragilizados ou desfavorecidos. Surge então para o Estado uma obrigação de tratar “de maneira dessemelhante” (GOMES, 2001, p.4) aqueles que são desiguais com o escopo de “neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física” (GOMES, 2001, p.6), o que se dá através das chamadas ações afirmativas ou discriminações positivas.

## **Classificação das propostas**

Por todas estas fontes analisadas, me parece muito claro que temos três ordens de pensamento sobre a igualdade. Na primeira a igualdade impede o tratamento discriminatório entre sujeitos iguais, ou seja, aqueles que são naturalmente diferentes podem ser tratados juridicamente de modo desigual, vedando a intervenção do Estado para igualar. Na segunda ordem de pensamento temos aqueles autores que ainda consideram que diferenças sociais são naturais e podem se reproduzir na desigualdade jurídica, desde que esta sirva para compensá-las, ou seja, a igualdade jurídica se estabelece quando a diferença é reproduzida pela desigualdade inversamente proporcional ou quando verificado um mesmo tratamento entre iguais. Por fim, a terceira ordem de pensamento considera que as diferenças não são naturais e a desigualdade jurídica deve servir para promover a superação destas diferenças, migrando o debate da igualdade formal para uma igualdade material apurada na sociedade como um todo.

Há três critérios para diferenciar estas ordens de pensamento: o papel do Estado, a conexão entre diferença e desigualdade e a dimensão do conjunto de apuração. Na primeira a igualdade só é apurada entre pessoas iguais, portanto estamos lidando com grupos de uma dada sociedade; a desigualdade é um reflexo da diferença; e o Estado deve adotar um papel de neutralidade. Na segunda temos dois conjuntos de apuração, podendo a igualdade ser mensurada entre iguais e entre diferentes; a desigualdade é também um reflexo da diferença; e o Estado tem uma postura ativa de compensar formalmente. Na terceira temos um único conjunto de apuração da igualdade, a totalidade do grupamento social; a diferença é um reflexo da desigualdade; e o Estado tem o dever de promover o fim desta.

Veja que há uma diferença tênue quanto ao papel do Estado entre a segunda ordem de pensamento, que adota uma postura de compensação, e a terceira ordem de pensamento, que defende uma promoção. Ambas consideram que o Estado deve intervir, ou seja, deve adotar uma postura ativa para garantir uma igualdade, formal para a segunda ordem de pensamento e material para a terceira ordem de pensamento. É possível sintetizar esta diferença na seguinte expressão: enquanto a compensação é uma operação de resultado

zero, a promoção é uma operação de adição.

Apresentadas as compreensões sobre igualdade jurídica das fontes analisadas por esta pesquisa e feitas estas considerações de cunho classificatório, vejamos a repercussão destas ordens de pensamento na dogmática e na formação da sensibilidade jurídica.

## Um diagnóstico sem jeitinho

Uma questão que salta aos olhos é a má compreensão sobre o problema na máxima aristotélica de tratar igual aqueles que são iguais e tratar desigual os que são diferentes. O tratamento desigual entre diferentes pode realmente colher bons frutos, como nos apresenta a proposta das ações afirmativas. Contudo, a mesma fórmula pode significar a manutenção de uma hierarquização, na medida em que perpetua diferenças sociais pelo não acesso de uma série de direitos àqueles que não pertencem a grupos favorecidos na comunidade política. O que faz toda a diferença são critérios para definir a discriminação, como muito bem apresentou Celso de Mello, sendo esta compreensão replicada ao longo de várias obras produzidas desde a década de 80 até hoje.

Ao fim e ao cabo os autores admitem que não é possível tratar todos na sociedade de maneira igual. A questão é como estabelecer critérios para uma discriminação para que ela não seja arbitrária nem viole a igualdade jurídica criando um privilégio. Para isso é preciso estabelecer uma coerência externa ao pensamento dogmático. É justamente neste ponto que se encontra uma enorme dificuldade, no Brasil a dogmática não encontra uma esfera pública onde buscar justificativas para suas interpretações e não opera uma cisão metodológica no intérprete entre o seu eu agente social e o eu sujeito cognoscente.

Como a dogmática ignora que pensa suas interpretações a partir da experiência social, não enxerga que se insere numa sensibilidade jurídica marcada pela ambiguidade, que admite tanto o tratamento desigual para reforçar diferenças quanto para promover igualdade. Isso permite que aqueles minuciosos critérios descritos por Celso de Mello sejam atendidos para justificar uma discriminação positiva ou negativa, uma vez que a congruência da justificativa vai ser apurada em segmentos sociais e não da totalidade da comunidade.

E assim vemos conviver na sensibilidade jurídica compreensões múltiplas sobre a igualdade jurídica, todas com respaldo em alguma geração de intelectuais do campo. Temos argumentos para aqueles que defendem que desigualdade é um reflexo das diferenças e o Estado não deve intervir; para outros que consideram necessária a intervenção estatal, desigualando formalmente para compensar as diferenças; e até para aqueles que defendem a promoção de uma igualdade material.

Como a dogmática e o senso comum não se preocupam com anacronismos, e as produções intelectuais servem mais com legitimação de posições do que mecanismos de constrangimento às interpretações possíveis, temos um

banquete que atende a todos os gostos, quando na verdade a questão não deveria ser de predileções, mas de prevalência de consensos.

A compreensão da dogmática sobre a igualdade jurídica passou da desigualdade como reflexo da diferença para a desigualdade como forma de combater às diferenças sociais, ignorando que o Direito não tem condições de normalizar o comportamento dos sujeitos sociais justamente pela ausência de consenso em sua construção.

Pela nossa sociabilidade, as diferenças sociais são assimiladas como desigualdades de status. A desigualdade faz parte da constituição da nossa identidade, tanto que o cidadão não espera se ver reconhecido como uma categoria única. Na nossa sociabilidade os sujeitos políticos tentam, quando convém, se enquadrar em categorias segmentadas para, na condição de pertencentes de um grupo específico, pleitearem tratamentos diferenciados. Isso porque aquele que está inserido na, digamos assim, categoria genérica, só resta a omissão do Estado no atendimento de suas necessidades. Dentro de cada categoria há igualdade, entre categorias não há igualdade.

A sensibilidade jurídica brasileira construída ao longo da República formula que o Direito de todos é garantia de direitos para ninguém, de modo que os sujeitos sociais esperam do Estado uma estratégia de desigualação, principalmente através da outorga de direitos sociais, que irá legitimar juridicamente as diferenças. Se o Estado assim não proceder, as relações sociais darão conta de desigualar pelos laços de compadrio que incrementam a permissividade ao descumprimento das leis. Afinal nossa sociedade é composta por diferentes, por pessoas, e não por indivíduos iguais em origem.

A dogmática não se debruça sobre as causas concretas das diferenças sociais existentes na nossa sociedade, não vislumbra os usos do Direito pelos sujeitos sociais e trabalha com standards que não dão conta de que a igualdade no Brasil admite tanto o tratamento desigual para reforçar diferenças quanto para promover igualdade. A questão da igualdade jurídica não se resolve simplesmente abandonando a compreensão formal e abraçando as promessas de uma igualdade substancial através de ações afirmativas, trazendo o Rui Barbosa para o século XXI. A dogmática precisa acordar do seu sono profundo e entender que igualdade jurídica no Brasil é uma chave seletora com duas posições e que a escolha do polo não obedece a regras de razoabilidade e reconhecimento.

## Referências

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

CAMPOS, Francisco. Igualdade de todos perante a lei. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 10, p. 376-417, out. 1947.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. Concepções de igualdade e (des)igualdades no Brasil. In: LIMA, Roberto Kant de; EILBAUM, Lucia; PIRES, Lenin.

- (Org.). **Conflitos, direitos e moralidades em perspectiva comparada**. Rio de Janeiro: Garamond, 2010, v.1, p. 19-33.
- DAMATTA, Roberto. **A casa & a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 1997.
- DANTAS, San Tiago. **Problemas de direito positivo: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ELIAS, Norbert. Sociologia do conhecimento: novas perspectivas. **Revista Sociedade e Estado**, Brasília, v. 23, n. 3, p. 515-554, set./dez. 2008.
- FAGUNDES, Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o poder legislativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 41, p. 1-12, jul. 1955.
- GEERTZ, Clifford. **O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa**. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- IORIO FILHO, Rafael Mario. **Uma questão de cidadania: o papel do Supremo Tribunal Federal na intervenção federal (1988-2008)**. Curitiba: Editora CRV, 2014.
- KANT DE LIMA, Roberto. Igualdade, desigualdade e método de produção de verdade: uma discussão antropológica. In: **VIII Congresso luso-afro-brasileiro de Ciências Sociais**, Coimbra, 2004.
- MARSHALL, Thomas H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- PERLATTO, Fernando. Seletividade da esfera pública e esferas públicas subalternas: disputas e possibilidades na modernização brasileira. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 23, p. 121-145, 2015.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentário à constituição de 1967**. São Paulo: RT, 1967.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 33, n.131, jul./set. 1996.
- SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

# A SANÇÃO PENAL COMO SINTOMA DA INCOMPREENSÃO DO CONCEITO DE HUMANIDADE À LUZ DAS ANÁLISES DE HANNAH ARENDT

**Lucas Maia Carvalho Muniz**

Pós-graduado em Ciências Criminais pela Faculdade Baiana de Direito; Pós-graduando em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu – Universidade de Coimbra; Advogado Criminalista

## **Resumo:**

Um movimento de destruição do meio-ambiente se assemelha àquele de supressão dos homens, sobretudo marginalizados. No contexto, a pena e seus modos inconstitucionais de execução persistem na atualidade, embora a evolução do direito humanitário internacional. Diante dos fatos, com base em análises de Hannah Arendt, verifica-se que a alienação transformou o homem em um instrumento de fabricação num sistema socioeconômico e, segundo estudos de Eugênio Zaffaroni, incapaz de dissociar-se duma lógica de dominação exponencial do extenso. Constatando a interligação entre os temas, por meio de análise de literatura jurídica e filosófica, nacional e estrangeira, além de produções normativas, conclui-se que quanto mais desenvolvida é a compreensão do conceito de humanidade, menor será a disparidade entre os direitos humanos e os modos de execuções da pena e política de segurança pública, menos acentuada será a desigualdade entre classes e nações, e mais sustentável é a sociedade humana.

**Palavras-chave:** Controle Social; Condição Humana; Direitos Humanos; Direito Penal.

## **Introdução**

O aspecto que marca os pensamentos de Hannah Arendt e sua época é a crise. Uma crise que, em suas observações, parece advir do desligamento, da alienação que inviabiliza a compreensão. Na Segunda Guerra Mundial, a filósofa constatou um singular choque de realidades provocado por eventos nunca antes presenciados pelos homens. Para tentar explicar e lidar com o ocorrido (imprevisível e irreversível), retorna a idade moderna, onde analisa

os motivos pelos quais um número gigantesco de homens tornou-se suscetível ao controle totalitário de poucos indivíduos. No presente trabalho é analisada a sobrevivência da sanção penal (incluindo seus modos inconstitucionais de execução) até o atual conservadorismo e superencarceramento no Brasil, à luz da análise de Hannah Arendt sobre as consequências dos eventos que determinaram a era moderna e de alguns dos seus efeitos nos séculos XX e XXI. Para tanto foi observado, principalmente, o capítulo VI do livro “A Condição Humana”, bem como outros capítulos do mesmo exemplar, obras diversas da autora e informações atuais e relevantes aos estudos arendtianos.

Segundo Arendt, a Reforma Protestante, a descoberta do continente americano e a invenção do telescópio, “determinaram o caráter” da era moderna. A Reforma Protestante promoveu a secularização de nações europeias e, quando separou a Igreja do Estado, também transformou os pequenos grupos familiares em classes sociais massificadas, transferindo as propriedades domésticas ao território estatal. Essa “expropriação” foi também o início da retirada do homem do seu mundo (mundo como “teia de relações”), uma alienação. Com a retirada do homem de seu lugar (da terra onde produzia para si), numa anulação das capacidades próprias de viver, agir e se comunicar (no sentido de compreender), ele se tornou suscetível às vontades dos poucos detentores dos meios de produção e a mercê de se transformar também em um recurso incalculavelmente reproduzível, num trabalhador na economia capitalista<sup>1</sup>.

Observou Eugênio Zaffaroni que o movimento produziu o crescimento das cidades e o enfraquecimento do “controle social rural, espontâneo e estrito”. Para evitar revoltas nos centros urbanos, a intensificação de informações entre os indisciplinados “indesejáveis” apenas exigiu uma simples subdivisão da punição, considerando a gravidade do delito à ordem vertical. Contudo, antes da secularização, iniciou-se um processo que culminou na “mundialização do poder”, o qual necessitou da “corporitização das sociedades” europeias por meio dum “confisco do conflito” pelo Estado, o que pressupôs a coisificação das vítimas, transformando-as em “dado para a criminalização”. No contexto, o discurso colonizador permaneceu teocrático e disciplinador, justificando o genocídio dos inimigos colonizados, além dos “dissidentes internos, colonizadores rebeldes e mulheres desordeiras”. Não só o poder político e as forças bélicas, mas as nações transformaram-se em colonizadoras, sendo que cada célula familiar era constituída com obediência moralizante ao pai e, conseqüentemente, à máquina pública<sup>2</sup>.

O modelo inquisitorial acompanhou a colonização, substituiu a conflitividade (luta, ordália) pelo *inquisitio* (interrogatório) e o árbitro judicante (re-

1 ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, pp. 260/263/265/267-268.

2 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2013, pp. 30-37.



presentante de Deus) pelo inquisidor na condição de vítima (representante do soberano), substituindo a dedução por uma empiria viciada, pois numa monopolização do bem pelo *dominus* (senhor), transformando toda a oposição em mal. Já que incorporou a bondade (e Deus), o *dominus* necessitava da verdade emergencial (conveniente ao poder), torturando e matando todos os quais não a revelava (“a ignorância será o mal”) – o que relaciona-se com os alicerces das ciências (sem ética)<sup>3</sup>. No contexto, segundo Arendt, as descobertas perpetradas pelas Grandes Navegações foram suficientes para estimular o início da aproximação das ideias matemáticas em detrimento dos sentidos. Com o fim de investigar a Terra, o homem a mapeou por meio de escalas para diminuí-la e viabilizar a compreensão daquilo que, por ser muito grande, não podia ser observado. A necessidade de se retirar da Terra para observá-la configura-se também como alienação, agora “do seu ambiente imediato e terreno”. Da mesma forma, nesse evento observam-se o manejo dos objetos matemáticos e a fabricação de instrumentos para substituir os sentidos<sup>4</sup>.

A invenção do telescópio - e o que esse instrumento mostrou - foi o evento inédito que desvelou (no sentido de confirmar) aos sentidos aquilo que era antes afirmado por ideias (que nunca são inéditas). As antigas dúvidas que originaram as ideias do grande (Copérnico e Kepler) e pequeno (filósofos atomistas<sup>5</sup>), as quais se formaram sem o auxílio dos sentidos ou instrumentos que os ajudem, justificaram, depois da invenção do telescópio, a perseguição de ideias simples – claras e distintas – da natureza (apenas com a razão matemática) para descobrir o infinitamente grande e infinitamente pequeno<sup>6</sup>. Quando os instrumentos de observação revelaram o infinito no universo e propagaram a incerteza sobre tudo o que não pode ser calculado, mas apenas sentido<sup>7</sup> (e toda a tradição tomista-aristotélica), o “ponto fixo e seguro”, o “ponto arquimediano do conhecimento”, aquilo que tem a função de fundar e dar razão<sup>8</sup>, perdeu-se no relativismo<sup>9</sup>.

3 Idem, pp. 38-42.

4 Idem, pp. 262-263.

5 Afirmou Anaxágoras que “todas as coisas estavam juntas, infinitas ao mesmo tempo em número e em pequenez, porque o pequeno era também infinito”, “em cada coisa existe uma porção de cada coisa”. PESSANHA, José Américo Motta. **Os pré-socráticos: vida e obra**. Tradução de Ermildo Stein. 2º ed., São Paulo: Abril, 1978, p. 34.

6 ARENDT, Hannah. **A condição humana**, pp. 270-271.

7 Idem, p. 272.

8 DOMÍNGUES, Ivan. **O grau zero do conhecimento: o problema da fundamentação das ciências humanas**. 2º ed., São Paulo: Edições Loyola, 1999, pp. 46.

9 Quando as ideias de Albert Einstein foram criticadas por sua extrema abstração (puramente matemática) e distanciamento do senso comum (“bom senso” ou “razão natural”), Paul Langevin, um dos primeiros físicos a adotar a teoria da relatividade estrita e geral, defendeu-as com o auxílio da ideia de Emile Meyerson de que “o pensamento científico nada mais é do que o senso comum mais aguçado”. PATY, Michel. A ciência e as idas e voltas do senso comum. **Revista Scientiae studia**, São Paulo, vol. 1, n. 1, ago. 2003, pp. 09-26. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ss/v1n1/a01v1n1.pdf>. Acesso em 05 de outubro de 2016.

## Da Redução do Homem à Sobrevivência e ao Domínio

O fenômeno trouxe à razão humana a unificação da Terra e o firmamento, a concepção unificadora do universo e a crença nas leis universais (como a gravidade). Porém, também provocou uma ânsia por novas descobertas com a finalidade de segurança e certeza<sup>10</sup>. Quando o homem condicionou os sentidos e os fenômenos naturais às medidas matemáticas, atuou com confiabilidade em sua própria estrutura mental<sup>11</sup>. Para Zaffaroni, uma estrutura motivada na acumulação linear e infinita do “saber inquisitorial de *dominus*” - que transformou o homem em objeto de conhecimento, o hierarquizando (considerando a superioridade do sujeito cognoscente) - e baseada na “ideia inevitável de vingança” (contra o tempo linear e irreversível), justificando a violência<sup>12</sup>. Desse modo, Arendt aduz que o homem recolheu-se em si, distanciando-se do extenso (incluindo dos outros homens). Com premissas embasadas na lógica que se fecham em si mesmas (“cadeia de razões” ou “ordem das razões”) e com a finalidade desesperada de sanar as dúvidas surgidas daqueles eventos que marcaram a era moderna, a busca da certeza se deu a partir da coisa que pensa (*res cogitans*), a “primeira certeza” passou a ser o próprio homem<sup>13</sup> e tudo o que advém dele.

Da dúvida sobre a existência de tudo aquilo que está fora do *cogito* (eu penso), surge o ato de desconsiderar a realidade e submergir “todos os objetos mundanos no fluxo da consciência e de seus processos”. Ou seja, o deslocamento à dúvida moderna fez com que as coisas transformassem-se em ideias de coisas e, considerando que as ideias (que têm como modos de pensar a imaginação e o sentido, das quais dependem a vontade e o juízo), quando se misturam em uma arrumação num mesmo nível, fazem parte do mesmo “processo” da “consciência (...) como fluxo”<sup>14</sup>, as mesmas ideias (tanto sua forma, quanto seu conteúdo) transformam-se na realidade humana (formal e objetiva). Por essa razão, quando diz que fechará os olhos, tampará os ouvidos, se desviará dos sentidos e apagará todas as imagens das coisas corporais, Descartes incorporou definitivamente a dúvida introspectiva no método moderno de conhecer<sup>15</sup>.

A consequência do uso do *cogito* como meio de apaziguamento da dúvida foi o recolhimento, na mente, daquele ponto fixo. Colocar o ponto arqui-

10 ARENDT, Hannah. **A condição Humana**, pp. 274-275.

11 Idem, pp.277/279.

12 ZAFFARONI, pp. 40-42.

13 DESCARTES, René. “Meditações, objeções e respostas, cartas”. **Discurso do método**; as paixões da alma; Meditações; Objeções e respostas; Cartas. Tradução de J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. Introdução de Gilles-Gaston. 4º ed., São Paulo: Nova Cultural, 1988, pp. 23-24.

14 ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 295.

15 A realidade (formal e objetiva) das ideias não diz respeito às coisas extensas: a realidade formal refere-se à forma da ideia na mente, que é sempre igual, e a realidade objetiva é a capturada pelo sentido. Porém a realidade objetiva em nada tem a ver com aquilo que está fora do corpo; até este ponto das meditações as coisas extensas não foram provadas com a ajuda da “prova” da existência de Deus. DESCARTES, René, pp. 31-32/35.

mediano no homem foi uma alternativa desesperada à inexistência de alternativa ou outro ponto. Configurou uma fuga que ocorreu quando o ser, que desenvolve caminhos com base em axiomas lógico-rationais para responder as perguntas da própria existência e seu destino, chegou à conclusão que o geocentrismo não mais servia para localizar a Terra (ou o homem) como o centro da realidade e, quando viu (por meio de instrumentos) que nem mesmo o Sol pode adequar-se ao papel de referência e segurança num universo titânico<sup>16</sup>, se encontrou em um processo infinito de constantes descobertas com seus telescópios cada vez mais potentes, fabricando novas hipóteses sobre os limites deste universo e a existência ou não de outros, bem como outras dimensões, esperando o sucesso nessa empreitada interminável.

Contudo, mesmo que a “coerência” seja o “sucesso” (da hipótese) o qual o homem busca, esse sucesso não possui o arcabouço probatório que propõe ter (já que o homem não pode chegar a provar o infinito) e a dita coerência é uma consistência do próprio raciocínio em um movimento - circular e vicioso - que termina na própria hipótese; uma afirmação que, mesmo frágil, torna-se pressuposto de todas as outras informações também, consequentemente, imprecisas ou falsas. Essa lógica interna é “uma racionalidade que se torna independente dos laços com a realidade”, independente daquele sentido que liga-se aos sentidos alheios, desligada do senso comum, do senso político por excelência, o que pode gerar facilmente uma doutrinação coercitiva, capaz de destruir a “atividade de compreensão”<sup>17</sup>.

Assim, o pensamento moderno se dissociou do “credo comum à antiguidade pagã” por meio da substituição da *theoria* (crença que as coisas eram apresentadas ou dadas aos sentidos) pela hipótese (algo que agora deveria ser provado – por um instrumento alheio aos sentidos humanos)<sup>18</sup>. Como resultado da alienação do mundo, o homem rebaixa a “vida contemplativa” (*theoria*) e coloca em seu lugar a “*vita activa*” (hipótese). Nesse contexto (intensificado pelo surgimento do totalitarismo e que, ao mesmo tempo, o resultou), mais gravosa do que a perda do sentido, foi a perda da busca do sentido: a imobilização diante do terror causado por eventos novos e imprevisíveis. Do espanto diante do novo, a rejeição da antiga “sede humana de conhecimento” e a aproximação da “fé no engenho das próprias mãos” ligam-se à “substituição do senso comum pela estrita logicidade”<sup>19</sup>; a consequência imediata do medo que engessa as reações humanas, fazendo com que a mente feche-se em si mesma, é a doutrinação embasada pela lógica, na qual o homem já tinha se recolhido.

16 ARENDT, Hannah. **A condição humana**, pp. 275/301-302.

17 ARENDT, Hannah. “Compreensão e política: as dificuldades da compreensão”. **Compreender: formação, exílio e totalitarismo (1930-1954)**. Tradução de Denise Bottmann. Organização, introdução e notas de Jerome Kohn. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, pp. 331/340-341.

18 ARENDT, Hannah. **A condição humana**, pp. 291/295.

19 Idem, p. 303. ARENDT, Hannah. **Compreender: formação, exílio e totalitarismo (1930-1954)**, pp. 339-340.

A descrença nas coisas adventícias - dadas pelo meio - originou a fabricação de utensílios sobre-humanos com a finalidade de observar o ambiente. Porém, a posterior constatação da incapacidade dos instrumentos em observar o incalculavelmente pequeno e grande originou uma corrida para se localizar no universo descoberto. O movimento causou a irreversibilidade da necessidade humana de fabricar e usar instrumentos. O homem que só confiava em si, a partir desse ponto só conhece o que produz, há uma redução do homem à sua condição de *homo faber*, ele agora está preso em uma linha de montagem de fabricação, não só de instrumentos para provar as próprias ideias, mas numa fabricação de ideias individuais e independentes do mundo exterior, em cálculos livres do senso comum. Contudo, a consequência de qualquer isolamento para Arendt é a inexistência do ser (no mundo).

Na “introspecção”, os homens que negam outras *res cogitans*, perdem simultaneamente a capacidade de discurso e ação, sendo, por consequência, facilmente dominados pelos poucos que agem e falam<sup>20</sup> em prol dos interesses próprios. A seqüela do pensamento moderno do *homo faber* é a destruição do “domínio público” ou a redução (que pressupõe a destruição) desse domínio à participação de poucos que acabam dominando a maioria. O homem que se restringe à fabricação acaba em um estado onde se calcula os poucos movimentos suficientes para andar no mundo visando a sobrevivência (quando como *animal laborans*) e, se assim estiver na cúpula, termina em uma condição em que mede-se as ações para o domínio das coisas e homens que não mais fazem parte daquele que domina, pois o que havia de comum (o senso comum) e o que existia de individual (a identidade de cada parte) foram destruídos.

## **Da Criação do Conceito de Humanidade pela Lógica de Dominação e da Incompatibilidade Entre Ambos**

No cenário de alienação foi possível a perpetuação da lógica inquisitorial do *dominus*, apontada por Zaffaroni. Da superioridade biológica do pai (*pater*), concebeu-se a ideia do colonizado biologicamente inferior. Os conceitos de “inimigo”, “subumano” e “*hostis judicatus*”, inseparáveis do “perigosismo midiático/policial” do século XIX, conseguiram se firmar no século XX numa realidade de globalização, sustentados por uma estratégia de fortalecimento dos preconceitos (*völkisch*), a qual, por sua vez, identificou os novos inimigos (sempre necessários na perspectiva da lógica do *dominus*). Ora, essa lógica nunca poderia comportar o fenômeno do descontrole, desordem ou quaisquer desdobramentos que não atendessem à sua imaginada linearidade e segurança. Tudo o que o desafia é “selvagem” (como o colonizado), “degradado” (como o mestiço) e “perigoso” (como o marginal)<sup>21</sup>.

Portanto, as tentativas de estabilizar o mundo, num processo de reco-

20 ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 211-212.

21 ZAFFARONI, pp. 32/46-47/53-55/57.

lhimento e “confiança nas ferramentas e na produtividade” daquilo que o homem faz, inevitavelmente culminaram na “instrumentalização do mundo” (incluindo dos outros homens). Ao mesmo tempo, essa certeza do *cogito*, o qual passou a vislumbrar sua participação no “infinitamente pequeno” e “infinitamente grande”, coloca o homem num percurso de constantes reformas de certezas científicas desveladas por instrumentos de observação. A constante, linear e exponencial fabricação destaca a humanidade no só do mundo (do destruído senso comum), mas da Terra (natureza), tornando o humano inapto à sobrevivência harmoniosa na sequência natural do meio (gerando poluição). Nota-se diante das análises arendtianas que o homem, quando colocado em sua redoma de instrumentos, substituindo o princípio da utilidade pelo “princípio da maior felicidade do maior número”<sup>22</sup>, entende a natureza como incontrolável e selvagem, no mesmo sentido dos muitos sinônimos e conceitos acessórios de “inimigo” usados pelo poder.

Após a crise - manifesta na Segunda Guerra - observada por Arendt, foi viável a concomitância entre a internacionalização dos Direitos Humanos por meio de sua Declaração Universal (1948)<sup>23</sup> e, como já exposto, a continuação das atrocidades cometidas contra excedentes sociais e povos estrangeiros. Observa-se que forma legal de direito humanitário já surge de modo singelo - em que pese bastante significativo - na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789/1793), após outra crise que culminou na Revolução Francesa. Ambas as declarações, ressalvados seus alcances, podem caracterizar-se tentativas do *cogito* em se colocar no lugar (ou se aproximar) da natureza e suas condições naturais de universalidade e inalterabilidade, que o homem havia imaginado e atribuído às leis físicas. Contudo, tais declarações artificiais não exercem efeitos universais (no sentido de alcance a todos os homens), pois, como constatado, a lógica do *dominus* inserida no *cogito* precisa controlar tudo o que é extenso a si, incluindo os outros homens.

Dessa forma, no desenvolvimento tecnológico linear, na mesma proporção em que se ampliou a “interação” (Zaffaroni), de clãs a tribos e dessas a nações (em direção ao nível planetário), se enfraqueceu a “teia de relações” na medida da necessidade de intensificação e sofisticação do controle social, num movimento de afirmação do homem (*cogito*) em face do meio extenso. Portanto, quando Arendt revela que tal fenômeno elevou a vida ao mais alto grau (“a vida é o critério supremo”)<sup>24</sup> - o que pode ser constatado no sistema legal internacional contemporâneo<sup>25</sup> -, significa, ao mesmo tempo, a “promo-

22 ARENDT, Hannah. **A condição humana**, pp. 320-321.

23 GUERRA, Sidney. **Direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 73-74.

24 ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 324-325.

25 A vida é considerada um direito natural internacional, exposta no artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 18 de setembro de 2016.

ção da vida individual” e a “garantia da sobrevivência da humanidade”<sup>26</sup>. Contudo, a ideia de preservação da própria vida insere-se no contexto de destruição do senso comum, e o resultado do desejo de sobrevivência da espécie é a configuração da sociedade como um sistema produzido pelo homem e que usa este último para sustentar-se. Tal sistema artificial é a manifestação do *cogito* no meio-ambiente, sob a lógica inquisitorial de *dominus*.

Nesse sentido, inseridos na sociedade fabricante e consumista, os “operários” são substituídos por “detentores de empregos”<sup>27</sup>. Com a individualidade suprimida, sua atividade transforma-se em simples posição naquele sistema e, como engrenagem que é, o empregado pode ser substituído por qualquer outro ou outra coisa, o que pôde ser observado com maior evidência desde o fordismo<sup>28</sup> até a atualidade. No cenário, quem não fabrica ou consome é passível de supressão por meio das diversas penas - da substitutiva do cárcere<sup>29</sup> até aquela de morte -, de acordo com a viabilidade de recondução e aproveitamento da peça na qual o homem se tornou. Esse sentido foi observado por Mireille Delmas-Marty no Código Penal francês de 1810, onde notou que aquele direito penal que visava “punir a transgressão de uma proibição” (com força simbólica conferida pelo vínculo da culpa com a punição) passou a “proteger a sociedade pela eliminação, pelo afastamento ou pela normatização daqueles cujo estado não é conforme com a normalidade”: a análise da “culpa” foi substituída pela da “periculosidade”<sup>30</sup>.

Sendo assim, quanto maior for a periculosidade, menor será a possibilidade de recondução e mais grave será a pena inversamente proporcional à utilidade da peça. Então, a finalidade da pena não seria a “proteção da sociedade” (como conjunto de homens) e sim a sobrevivência do sistema (e sua “normalidade”) em detrimento das suas peças orgânicas e do meio natural. No cenário, irrelevante se há ou não previsão legal de pena de morte<sup>31</sup>, pois

26 ARENDT, Hannah. **A condição humana**, p. 324.

27 Idem, p. 332.

28 Além da abstração inerente à ideia de “mão invisível”, muitos dos pensamentos de Hannah Arendt manifestam-se nas anteriores ideias de Adam Smith: a ausência do “interesse público” (que pode ser entendido como o interesse do sistema), a busca pela “segurança” individual e do “maior valor” na “produção”. SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigando sobre sua natureza e suas causas. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Nova Cultura, 1996, p. 438. Disponível em: <http://www.libertarianismo.org/livros/asardnone.pdf>. Acesso em: 18 de setembro de 2016.

29 Art. 43 e 44, do Código Penal Brasileiro.

30 DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Tradução de Maria Ermentina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004, pp. 09-10.

31 No Brasil, mesmo que seja vedada a pena de morte (com exceção do contexto de guerra declarada) e penas cruéis no art. 5º, XLVII, “a” e “e”, da Constituição Federal, o Estado promove a violência como medida de proteção (da sociedade no discurso, e do sistema na prática). VELASCO, Clara; GRANDIN, Felipe; REIS, Thiago. “Número de pessoas mortas pela polícia cresce no Brasil em 2019; assassinos de policiais caem pela metade”. **G1**, 16 de abril de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/04/16/numero-de-pessoas-mortas-pela-policia-cresce-no-brasil-em-2019-assassinatos-de-policiais-caem-pela-metade.ghtml>. Acesso em: 27 de setembro de 2020.

o sistema penal e de segurança pública (mesmo tendo os direitos humanos como alicerces normativos), como visto, manifesta-se de uma forma na norma escrita e de outra na prática (“caráter frontalista”<sup>32</sup>), dependendo da necessidade de controle a qual desenha o regime político, favorecendo o surgimento da denominada “necropolítica”<sup>33</sup>. Ademais, a preponderância da necessidade do sistema também pode manifestar-se no meio-ambiente e, mesmo diante de desastres naturais e desequilíbrios climáticos com indícios de irreversibilidade, o homem continuaria com uma atividade socioeconômica insustentável.

A condição na qual os homens se encontram, como constatado, torna-os incapazes de alterar a lógica de destruição exponencial do ambiente e de si, pois já não são uma “pluralidade de seres singulares” (sentido do qual necessita o conceito de Humanidade). A eliminação da individuação humana, consequência da transformação do homem em *homo faber* e *animal laborans*, é a causa do advento da supressão da ação, quando o homem deixa de ser “quem” e torna-se “o que”. Isto é, sem ação e o discurso, diante da pergunta “quem és?”<sup>34</sup>, o homem é incapaz de revelar o novo início que está contido em si e se inclui – por doutrinação – num sistema predeterminado e total.

Dessa forma, a nova massa entorpecida “formada por homens solitários”<sup>35</sup>, prontos para a condução, recondução e eliminação em favor da sobrevivência (vida da espécie transmutada em vida do sistema), pode aceitar, sem respostas com relevância proporcional à gravidade das atrocidades cometidas no passado, as crueldades estatais do século XXI, incluindo, no Brasil, o superencarceramento de cidadãos (jovens, negros e pobres, em sua maioria), as condições subumanas nas instituições carcerárias, a “garantia da ordem pública” (art. 312, do Código de Processo Penal Brasileiro) como um simplório e indefinido argumento às numerosas prisões preventivas<sup>36,37</sup>, e a absurda definição de “vadiagem” e “mendicância” como contravenções penais<sup>38</sup>. É neces-

32 Observada por Zaffaroni, a frontalidade é uma característica dum direito penal que o revela para os autocratas e ao público de forma suficientemente eficiente para agradá-los (com discurso de conservação de privilégios e proteção, respectivamente), mesmo - e principalmente - em regimes autoritários. ZAFFARONI, pp. 56-57.

33 MBEMBE, Achille. “Necropolítica”. Tradução de Renata Santini. **Artes e Ensaios: Revista da PPGAV/EBA/UFRJ**, Rio de Janeiro, n. 32, pp. 123-151, dez. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>. Acesso em: 05 de maio de 2020.

34 ARENDT, Hannah. **A condição humana**, pp. 189/190-193.

35 JARDIM, Eduardo. **Hannah Arendt: pensadora da crise e de um novo início**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 34-36.

36 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Levantamento nacional de informações penitenciárias: Atualização - junho de 2016. **Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)**. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio\\_2016\\_junho.pdf](http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf). Acesso em 22 de julho de 2018.

37 VALENTE, Rodolfo de Almeida; MALVEZZI FILHO, Paulo César. Luta antiprisional no mundo contemporâneo: um estudo sobre experiências de redução da população carcerária em outras nações. **Pastoral Carcerária e Instituto Bettye Jacob Lafer**, 2018, p. 10. Disponível em: [http://desencarceramento.org.br/wp-content/uploads/2018/09/relatorio\\_luta\\_antiprisional.pdf](http://desencarceramento.org.br/wp-content/uploads/2018/09/relatorio_luta_antiprisional.pdf). Acesso em: 23 de setembro de 2018.

38 O artigo 59 do Decreto-Lei nº 3.688/1941 atribui pena a conduta de “entregar-se

sário observar que esses acontecimentos decorrentes da ideia de prevenção emergencial da ordem pública (do *status quo* – vida do sistema) encontram-se em ascensão no Brasil por influência da lógica de dominância, sobretudo oriunda do ainda resistente império estadunidense.

Desde o final da década de 70, o Estado norte-americano converteu o sistema penal num “fator de redução da taxa de desemprego”, restabeleceu a pena de morte e a prisão perpétua, criou sua justiça penal negociada (“*bargaining*”) retirando do juiz o poder de decisão e descaracterizando o sistema acusatório, até que, principalmente após os ataques às torres gêmeas em 2001, despontou uma guerra preventiva aos conceitos indeterminados de “terrorismo” e “crime organizado”. Nesse estágio, o discurso de individualização do inimigo já se encontrava com difícil viabilidade e nem mesmo a luta contra as drogas era um suficiente “elemento galvanizador de rejeição coletiva”<sup>39</sup>. No Brasil, foi tipificado o crime de terrorismo, com vários verbos (englobando um indeterminado número de condutas), finalidades e bens jurídicos (incluindo a “paz pública”) descritos na Lei nº 13.260/2016. Antes, foi aprovada no país a “Lei de Organizações Criminosas” (Lei nº 12.850/2013), desencadeando uma caça ao conceito – também abstrato – de “corrupção”, tendo como instrumento a colaboração premiada (similar ao “*bargaining*”).

Em 2019, foi apresentado o “projeto de lei anticrime” (que originou a Lei nº 13.964/2019), propondo, dentre outras, “medidas para assegurar a execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância”, contrariando princípio constitucional da presunção de inocência exposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV, CF). O projeto ainda propôs “medidas para endurecer o cumprimento de pena” e “para evitar a prescrição”<sup>40</sup>, as quais se distanciam duma análise de soluções dos problemas socioeconômicos e se beneficiam das sensações imediatas: do medo do perigo à integridade corporal e à propriedade individual, temor que alimenta os sionistas argumentos da segurança e ordem públicas. Ou seja, o discurso buscou o apoio popular apenas possível pela alienação, quando os homens, imaginando preservar a própria vida, desconsideraram a integridade de grande parcela da população (incluindo encarcerados, mendigos e desempregados) e cumprem a manutenção da vida do sistema hoje capitalista. Sendo assim, negando a individualidade/humanidade alheia e, conseqüentemente, a coletividade (a Humanidade), deixam de analisar a óbvia supressão da própria

---

(...) habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita”. Ainda, em seu parágrafo único, a norma assevera que “a aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena”. Já o artigo 60 do mesmo dispositivo, onde se instituiu a pena de prisão simples ao ato de “mendigar por ociosidade ou cupidez”, foi revogado em 2009 pela Lei nº 11.983.

39 ZAFFARONI, pp. 61-65.

40 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. “Projeto de lei anticrime”. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>. Acesso em: 05 de outubro de 2020.



individualidade/humanidade. O homem, que agora é peça, apenas replica o discurso de sua matriz intelectual, reproduz o que fala o Estado e a vontade do mercado; encontra-se incapaz de agir em prol dos próprios direitos (humanos).

Inclusive, cenário mais grave é o brasileiro, onde a manutenção de polícias estaduais militares – natureza bélica a qual, comumente, é posta em face de povos estrangeiros – denota o não reconhecimento de uma *nação* brasileira, ao menos para fins de política criminal. Manter militares como força ostensiva interna confessa a proteção de uma parcela populacional em detrimento de outra (inimiga), movimento que coloca os *homens vivos sobre o território*<sup>41</sup> numa posição ainda mais distante do conceito de humanidade. Outro indício dessa realidade é a preservação, ainda em 2020, dos 18 verbos no crime de tráfico de drogas (art. 33, da Lei nº 11.343/2006), característica herdada pela Lei nº 6.368/1976, revogada legislação criada “por pressão da agência estadunidense” para que as então ditaduras da América Latina declarassem guerra às drogas, ocasião em que se aproximava o fim da Guerra Fria e a descaracterização do comunismo como inimigo<sup>42</sup>. A substituição de um inimigo pelo outro produziu efeitos desastrosos: apenas entre 2015 e 2016, a conservação do combate às substâncias entorpecentes ilegais foi responsável por 26% das prisões de homens e 62% daquelas de mulheres<sup>43</sup>.

Por fim, necessário novamente salientar que, em nível planetário, nesse estágio, alienado, destituído de sua humanidade, negando a Humanidade e os seus direitos humanos (normas que são, *per se*, uma tentativa de equiparar-se ao incompreensível e eterno movimento natural), o homem pode produzir - e ser conduzido por - simples instrumentos de comunicação, transformando-se num instrumento de compartilhamento de informações verdadeiras de si e falsas do extenso, chegando a provocar consequências no sistema democrático representativo<sup>44</sup>. Nota-se, ademais, que a pena e sua execução inconstitucional, configuram-se apenas algumas das consequências da alienação e que, diante da incapacidade de agir, a decisão pela alteração ou manutenção da ordem caberá à própria lógica do sistema socioeconômico que, invariavelmente, decidirá em seu benefício. Assim, quanto maior for o risco de prejuízo – supressão da vida do sistema -, mais violenta tornar-se-á a manutenção do benefício à ordem (pública e econômica).

---

41 FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974, p. 68.

42 ZAFFARONI, pp. 51-52.

43 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Levantamento nacional de informações penitenciárias: Atualização - junho de 2016. **Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)**. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio\\_2016\\_junho.pdf](http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf). Acesso em: 22 de julho de 2018.

44 GRAGNANI, Juliana. “Eleições com *fake news*?: uma semana dentro de 272 grupos políticos no *WhatsApp* mostra um Brasil dividido e movido a notícias falsas”. **BBC Brasil**, 05 outubro 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45666742>. Acesso em: 11 de janeiro de 2019.

## Considerações Finais

As incertezas produzidas pelos eventos da idade moderna, principalmente a invenção do telescópio e as novas imagens que esse instrumento proporcionou, desprestigiaram não só todos os sentidos próprios, mas também os sentidos alheios e a crença naquilo que o povo, em conjunto, poderia conduzir livremente. Refém da desapropriação que tornou sua sobrevivência dependente da sustentação de uma organização, o homem, já desconectado dos seus pares, desqualifica-se como homem e se une à exteriorização de sua mente, materializada num sistema econômico imaginado. Assim, verifica-se que a alienação do mundo evidenciada no destacamento do homem do senso comum - e a consequente doutrinação do homem - coisificam o humano tornando-o, quando incapaz de se colocar no mundo (pensar, expressar ou exteriorizar os pensamentos: agir e falar), não só um fabricante inconsciente, mas, por fim, num objeto inconsciente da fabricação.

Ademais, o *cogito*, desligado da coisa extensa, transformando-se em seu ponto seguro de conhecimento, duvidando de tudo alheio à sua sobrevivência e, por fim, perdendo-se no relativismo, não consegue retirar-se do caminho de dominação e destruição no qual se incluiu. Dessa forma, caso seja conveniente à manutenção do método de inquieta expansão do sistema socioeconômico (ordem pública e ordem econômica), pode-se rejeitar as informações dadas pelo meio aos sentidos, aptas a comprovar, *u.g.*, a existência duma crise climática provocada pelo aquecimento global, a forma do globo terrestre, a ineficácia da política criminal da pena privativa de liberdade e do superencarceramento, a natureza ditatorial do regime político brasileiro entre 1964 e 1985, a eficácia das medidas de prevenção à proliferação do COVID-19, ou mesmo os já presenciados sinais embrionários de regimes totalitários. A solução que Arendt dá aos acontecimentos danosos do passado é a aceitação e análise do ocorrido, o que poderá ser utilizado no presente e no futuro, considerando a compreensão dos fatos, visando a alteração da realidade por meio da constante atividade de pensar.

## Referências

ARENDRT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

ARENDRT, Hannah. “Compreensão e política: as dificuldades da compreensão”. **Compreender: formação, exílio e totalitarismo (1930-1954)**. Tradução de Denise Bottmann. Organização, introdução e notas de Jerome Kohn. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

DELMAS-MARTY, Mirielle. **Por um direito comum**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DESCARTES, René. “Meditações, objeções e respostas, cartas”. **Discurso do método**; as paixões da alma; Meditações; Objeções e respostas; Cartas. Tradução de J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. Introdução de Gilles-Gaston. 4º ed., São

Paulo: Nova Cultural, 1988.

DOMINGUES, Ivan. **O grau zero do conhecimento: o problema da fundamentação das ciências humanas.** 2º ed., São Paulo: Edições Loyola, 1999.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade.** 4ºed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974.

GRAGNANI, Juliana. “Eleições com *fake news*? Uma semana dentro de 272 grupos políticos no WhatsApp mostra um Brasil dividido e movido a notícias falsas”. **BBC Brasil**, 5 outubro 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45666742>. Acesso em: 11 de janeiro de 2019.

GUERRA, Sidney. **Direito internacional dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 73-74.

JARDIM, Eduardo. **Hannah Arendt: pensadora da crise e de um novo início.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

MBEMBE, Achille. “Necropolítica”. Tradução de Renata Santini. **Artes e Ensaios: Revista da PPGAV/EBA/UFRJ**, Rio de Janeiro, n. 32, pp. 123-151, dez. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>. Acesso em: 05 de maio de 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 18 de setembro de 2016.

PATY, Michel. A ciência e as idas e voltas do senso comum. **Revista Scientiae studia**, São Paulo, vol. 1, n. 1, ago. 2003, pp. 09-26. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ss/v1n1/a01v1n1.pdf>. Acesso em 05 de outubro de 2016.

PESSANHA, José Américo Motta. **Os pré-socráticos: vida e obra.** Tradução de Ermildo Stein. 2º ed., São Paulo: Abril, 1978.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigando sobre sua natureza e suas causas.** Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, p. 438. Disponível em: <http://www.libertarianismo.org/livros/asardnone.pdf>. Acesso em: 18 de setembro de 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal.** Tradução de Sérgio Lamarão. 2º ed., Rio de Janeiro: Revan, 2013.

# A CARNE MAIS BARATA NO PROCESSO É A CARNE NEGRA: TANATOPOLÍTICA E RACISMO COMO EXPRESSÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS – O PROCESSO DE RAFAEL BRAGA

**Welliton da Silva Santos**

Integrante do Grupo de Pesquisa “Teoria da Justiça, do Direito e da Decisão Judicial”, na área: Direitos Fundamentais e Justiça, com o Tema: “Escolhas Trágicas e Justiça Poética” (2019) na Universidade Federal da Bahia. Graduado em Direito pela Universidade Estadual da Bahia Campus IV, Jacobina - Bahia/Brasil. Professor e Advogado

## **Resumo:**

Este trabalho destina-se a examinar a prática da tanatopolítica através do racismo como expressão do estado de exceção nas decisões judiciais. Para tanto, tem por objetivo demonstrar a seletividade penal do sistema judiciário brasileiro através das decisões do caso Rafael Braga. Tendo como base a revisão bibliográfica a partir de Michel Foucault com os estudos sociológicos sobre biopolítica, Giorgio Agamben com a discussão sobre os regulamentos feitos pela tanatopolítica e Silvio de Almeida para tratar sobre o direito, racismo estrutural e institucional como forma de compreender a relação dos corpos negros e o poder sobre eles através das decisões judiciais. Pretende propor uma reflexão a partir dos dados estatísticos encontrados sobre o número de pessoas privadas de sua liberdade, sendo em sua totalidade dividida entre presos provisórios, definitivos, regime semiaberto, regime fechado e o quantitativo de homicídios sofridos pelos negros no país alicerçados por características biológicas e sociais como jovem, negro, mal escolarizado, tipos de crimes, faixa etária e relação conjugal. Visa demonstrar a ação de um racismo institucional que tem como perspectiva construir o perfil do negro a ser encarcerado.

**Palavras-chave:** Tanatopolítica; Racismo; Estado de Exceção.

## **Introdução**

O presente trabalho consiste em examinar a prática da tanatopolítica através do racismo no poder judiciário. O estudo visa responder se as decisões do processo de Rafael Braga Vieira demonstram a seletividade do siste-

ma judiciário penal brasileiro. Para isso, explorou a realidade dos altos índices de morte e de encarceramento dos jovens negros no país e de forma ilustrativa a música “A Carne” dos compositores Marcelo Yuka, Ulisses Cappelletti e Seu Jorge.

Esta pesquisa é de grande relevância para a sociedade brasileira em razão da condição social do negro. Além de apresentar a Apelação do processo de Rafael Braga como uma circunstância que entre outras centenas de ações o Judiciário se mostra racista.

O alicerce metodológico parte de uma investigação com análise dialética, qualitativa relacionando a teoria com coleta de dados sobre o índice de negros levados ao cárcere bem como os homicídios sofridos, tendo como base a revisão bibliográfica a partir de Michel Foucault, Giorgio Agamben. Silvio de Almeida e documentos de registros catalogados por órgãos públicos para compreender a relação dos corpos e o poder sobre eles através da tanatopolítica, do racismo, do estado de exceção e das decisões judiciais.

A música “A Carne” permitiu a inspiração para o presente trabalho que a todo momento abre espaços para questionamentos e sobre eles recai o barateamento da carne, porque é negra, e menosprezo a ela se apresenta nos altos índices de ocupação nos presídios e a mesma que vai para “debaixo de plástico”. Nesse sentido o artigo se desenvolveu refletindo sobre a carne negra em diversas situações, mas, sobretudo no processo, porque o negro é a principal vítima do Judiciário, o qual, deveria garantir os direitos de todos.

O artigo foi desenvolvido a partir do conceito de biopolítica explorada por Michel Foucault que abordou os mecanismos de controle utilizados pelo Estado, mas que em determinada situação fora redimensionada por Giorgio Agamben, transformando-se em tanatopolítica, calculando estrategicamente os corpos para a morte. Ambos abordarão a perspectiva envolvida com a dominação do soberano e o direito de vida e morte de sobre os súditos e, por fim, o estado de exceção. Ainda neste contexto, o Racismo estrutural e institucional é trabalhado sob uma perspectiva histórica e atual por Silvio Almeida.

No desenvolvimento do texto, segue uma abordagem condicionada aos dados referentes às taxas do número de presos no país, a seletividade das decisões penais a partir do quantitativo de presos, presos provisórios, o número de negros que sofreram homicídios, enfim, analisando o racismo institucional a partir do contexto social.

Enfim, é analisado o caso de Rafael Braga Vieira a partir de uma fase processual e as ocorrências durante o processo. A primeira condenação que foi por portar o suposto artefato explosivo: água sanitária e pinho sol, após essa prisão, o mesmo teve a restrição da liberdade de expressão depois que sua foto fora publicada em redes sociais em frente de uma pichação no muro do presídio, a segunda condenação pela ação forjada para o crime de tráfico de drogas e a situação que envolve a negligência da saúde que o leva a contrair pneumonia.

Chega-se à conclusão de que o Caso Rafael Braga é um caso absurdo,

mas reflete o cotidiano de diversas decisões penais que a partir dos dados estatísticos as características biológicas e sociais retratam um Judiciário com práticas racistas. O número de homicídios contra os negros exterioriza a arquitetura da tanatopolítica no Brasil, ao passo que o alto índice de prisões é espelho de um racismo institucional que seleciona o jovem negro, pobre, mal escolarizado, morador de periferia para adentrar as celas ou as covas. Portanto, existe uma seletividade penal a partir da tanatopolítica e do racismo institucionalizado.

## **O Exterminador do presente: o “artefato explosivo” da tanatopolítica racial**

A intenção presente neste trabalho não é somente conceituar questões que direcionem a nossa compreensão quanto ao tema inicial proposto, mas se propõe a fazer uma leitura da própria percepção de Estado como garantidor de direitos. Todavia, se apresenta como um “estado de exceção” agindo como exterminador perpétuo onde tudo é possível, utilizando-se de maquetes que se adaptam a cada período, situação e oportunidade para manter o próprio poder e, nessa conjuntura, que se apresenta a tanatopolítica.

Esta, por sua vez, é uma estrutura construída e percebida como forma de análise social dos corpos para a morte. Entretanto, para adentrar ao seu mundo se faz necessário traçar caminhos que possibilitem entrelaçar o contexto histórico, a biopolítica, o biopoder, enfim, uma abordagem que exponha o nascimento da biopolítica à concepção da própria tanatopolítica.

A biopolítica não foi objeto de exclusividade de Michel Foucault, tampouco o primeiro a trabalhar sobre ela, mas, foi ele quem mais se aprofundou durante a segunda metade do século XX, FRANÇA (2013, p.19-20), e, portanto, o presente tema debruçará sobre suas reflexões e perspectivas, relacionando-as conjuntamente com os pensamentos de Giorgio Agamben.

A biopolítica aparece na obra “Em defesa da Sociedade” de Foucault em 1975-1976, explicando a relação do direito de vida e sua associação ao direito de morte, pois o poder de matar era exercido sobre a vida. Embora, esse termo tenha sido abordado nessa obra, todavia, não deixou claro quando nasceu o conceito, mas foi no século XIX que surgiram transformações capazes de identificar mais precisamente os palcos de atuação deste conceito (DIÓGENES, 2012, p.15).

As leituras sobre este termo possibilitaram novos questionamentos e ampliou a compreensão da vida com fonte geradora do direito soberano. O poder do soberano fora concedido pelos próprios súditos que através do contrato social, em troca de segurança ou necessidade, permitiram que os seus corpos fossem geridos na sociedade. (FOUCAULT, 2005, p.287).

O poder na visão de Foucault para análise da biopolítica é a imposição de uma dominação – controle em que possa administrar os corpos em produtividade e, entre outras formas, que venham estabelecer a submissão dos

indivíduos a uma gestão. Já os **corpos**, para Foucault, é artifício e alvo do poder que foi construído como objeto dos castigos, uma questão física sob uma análise da materialidade. Conforme REVEL (2005, p.31) “o controle social do corpo passa pelo castigo e pelo enclausuramento: ‘Com os príncipes, o suplício legitimava o poder absoluto, sua ‘atrocidade’ se desdobrava sobre os corpos, porque o corpo era a única riqueza acessível”.

O poder soberano mantinha o seu próprio poder condicionado à sobrevivência dos vassalos, exercendo um direito sobre a vida e morte destes, enquanto isso, o dever do vassalo era tornar sua vida servil e útil ao soberano. Para compreender essa relação é preciso adentrar ao período histórico que mostra as relações preexistentes nas famílias na Roma Antiga onde o poder de usar a vida e a morte do outro que era estabelecida, bem como, sob uma perspectiva cruel em que o direito de concessão da vida era a garantia do poder de retirá-la. Dessa maneira, “o direito de vida e morte já não é um privilégio absoluto: é condicionado à defesa do soberano e à sua sobrevivência enquanto tal” (FOUCAULT, 1988, p.127).

Necessariamente, esse contexto social envolvia ações que viessem gerar corpos dóceis, afáveis à vontade do soberano que os dominava por meio de seu poder tornando-os enfraquecidos. Esse mecanismo de controle, logo, passou por transformações no campo do direito político no século XIX, que para Foucault (2005, p. 287):

Não digo exatamente em substituir, mas em completar esse velho direito de soberania – fazer morrer ou deixar viver – com outro direito novo, que não vai apagar o primeiro, mas vai penetrá-lo, perpassá-lo, modificá-lo, e que vai ser um direito, ou melhor, um poder exatamente inverso: poder de ‘fazer’ viver e de ‘deixar’ morrer.

Essa mudança de “fazer morrer e deixar viver” para “fazer viver e deixar morrer” viabilizou, não somente, a transição de um período estrutural de poder, mas, adaptou novas formas de exploração, ultrapassando a fase de controle dos corpos físicos individuais, levando ao domínio sobre os corpos físicos coletivos, possibilitando análises que contribuem para uma nova abordagem sobre a condição dos corpos, permitindo uma vigilância que produz forças de contenção sobre a vida dos corpos, FOUCAULT, (1999, p.128).

A morte não tem mais uma relação com a vida, mas somente um limite biológico, sendo assim, a influência da vida em sociedade passa a ter outros caminhos e com isso nasce, então, a projeção do biopoder que é uma espécie da biopolítica, com a importância de criar uma regulação social da vida para a inserção nos meios de produção, tornando-se determinante para o crescimento do capitalismo que pode assumir diversas estratégias de análise, segregando e hierarquizando socialmente, seja na medicina, na alimentação, no vestuário, entre outros, enfim, em diversas áreas é possível potencializar a exploração dos corpos.

Diante deste cenário da administração dos corpos pela biopolítica que nasce o termo tanatopolítica para o controle dos corpos que serão deixados para morrer. A partir da obra de Giorgio Agamben “Homo Sacer – O poder soberano e a vida nua I” em 1995, surgiu as reflexões sobre o cálculo que o poder faz sobre a morte. A característica patogênica condiciona a vida social à biológica propondo um limite que permite expor a morte sob uma perspectiva política, ou seja, o domínio do corpo como um controle político, onde a morte sai do âmbito privado, das casas e residências, e adentra ao campo público, para serem tratadas nos hospitais, FOUCAULT (2004, p.18-19).

A relação apresentada expõe como a vida privada e a vida pública interessa a uma condição política que exerce a função de controle. Nessa situação, Agamben busca uma compreensão para que se entenda o período, no qual, os filósofos na Grécia Antiga, AGAMBEN, (2007, p.5-6) onde encontrou caminhos que demonstraram diversas perspectivas sobre a vida, abordando a semântica da palavra relacionada à característica da ação, sendo assim, a vida tinha mais de um significado e, diante disso, foi possível compreender os campos de ação do ser humano e a vida percebida em duas formas: a *bíos* e a *zōé*. A primeira consistia em demonstrar a vida natural sem adentrar a esfera política, pois não fazia parte da *pólis* e a segunda, era representada no campo da filosofia e da política, mas com a sua inserção no campo da política (*zōé politiké*), passa a ocupar a visibilidade pública transformando-se em biopolítica.

Nesse contexto, nasce o Estado moderno que age sobre uma conjuntura de exceção em que se apresenta pela legalidade, mas, em sua essência é ilegítimo, pois o soberano está dentro e fora da conjuntura jurídica e, por esse motivo, condiciona as ações a serem legitimadas. Dessa forma, o poder soberano não está somente na camada jurídica, mas também em outras camadas sociais e, por essa razão, a exceção torna-se a norma.

Nessa acepção, a ação violenta é transmutada em direito e, por sua vez, o direito em ação violenta. Para HOBBS (2003, p.69) “Um Estado por aquisição é aquele onde o poder soberano foi adquirido pela força. E este é adquirido [...] por medo da morte ou do cativoiro” sob as leis naturais a relação do soberano é a violência e o homem é o próprio lobo. Portanto, o Estado de Natureza é o próprio (E)estado de exceção.

Nessa percepção hobbesiana, não é uma realidade fática que em dado momento temporal o Estado de Natureza em que tudo é lícito passou a existir e mostra uma face, mas, na verdade, uma possibilidade interna de construção do próprio Estado que não é uma transformação para o Estado de exceção em outra face, entretanto, o que existe é a indistinção do externo e do interno, pois o poder soberano se constitui na impossibilidade de tornar visível ao ordenamento jurídico essas duas faces como distintas.

Isto significa dizer que um Estado que tanto pode garantir quanto violar condições inerentes à vida está condicionado a uma espécie de reserva de Estado que configura o próprio poder soberano. Conforme a teoria de Carl Schmitt a soberania mantém uma relação intrínseca à exceção, Schmitt *apud*



Agamben (2007, p. 14) “soberano é aquele que decide sobre estado de exceção”. É nessa compreensão que o biopoder reaparece mostrando sua estrutura na sociedade moderna, interligando-se à tanatopolítica, pois o controle e a dinamicidade da população transmitem novas ações de um Estado que se mostra em exceção quando decide quem deve viver ou deixar morrer sob uma perspectiva econômica. FOUCAULT (1999, p.130).

A compreensão da tanatopolítica tornou possível identificar os propósitos reais das ações do Estado, oferecendo condições propícias para morte de uma parcela da população. A guerra, por exemplo, não é a necessidade para possibilitar a paz, mas um prospecto político, econômico e social, a qual, garante a funcionalidade da violência e juridicamente a legitimação do que é ilegítimo, ou seja, a validação da própria violência.

A respeito dessa transfiguração da biopolítica em tanatopolítica é importante ressaltar que a modernidade possibilitou não só a exposição da vida como também a transformação da política em biopolítica. Foi na ação nazista, a título de exemplo, que estabeleceu critérios biológicos para estabelecer a “raça” eleita por um critério de separação apresentada como “raça pura” e “raça impura”. O processo pelo qual passou a população alemã foi de uma assepsia biossocial que instituiu a ligação entre a tanatopolítica e o sistema jurídico, a medicina, a indústria bélica e entre outras esferas sociais que foram pontos cruciais na construção de um ambiente propício para ação fúnebre do poder soberano.

A tanatopolítica associada ao contexto jurídico, político e social possibilitou verdadeiros genocídios, chacinas, execuções e outras violações, porque no estado de exceção não existe a necessidade da criação de um direito para legitimar o direito, pois não distingue o Estado de Natureza do Estado de Exceção. A regulação da morte está oculta, mas ela tem destino certo: os corpos negros nas periferias das cidades brasileiras. Esses lugares são utilizados pelo próprio Estado como laboratório dos altos índices de violência e morte no país e se institui por meio da tanatopolítica sob diversas formas, estabelecendo uma relação simbiótica entre diversos setores sociais que contribuem para impelir o indivíduo à criminalidade, a ação violenta da segurança pública, e por remate a legitimação do poder judiciário dessa situação.

## **Racismo Estrutural e Institucional: onde estão os corpos negros?**

O racismo é uma construção sociopolítica e ideológica arquitetada para a manutenção de uma estrutura social. Ele se constrói diuturnamente nas relações entre as pessoas, entre elas e as instituições e, sobretudo as estatais. O racismo é estrutural porque está em diversas esferas políticas que transformam e direcionam as perspectivas sociais. A naturalização do racismo se percebe na prática, pois está presente no cotidiano; seja nas conversas, nos ditados populares, na forma de estabelecer as relações interpessoais, na própria estrutura biológica, enfim, em diversas situações interpessoais é possível

perceber a construção social de cada indivíduo que é determinada a partir de como ela é percebida na sociedade (ALMEIDA, 2019, p.15).

Todo esse arcabouço não pode ser confundido com uma patologia social ou uma patologia propriamente dita, pois como afirma Silvio Almeida, é comum tratar o racismo como uma anormalidade, não no sentido de concordar com o racismo, mas naquilo que constitui e compreende as relações no padrão da normalidade (ALMEIDA, 2019, p. 33). Desse modo, independe da aceitação ou não da estrutura do racismo na sociedade, ainda assim, ele está presente nas relações humanas.

O Racismo estrutural é constatado em diversas formas e em diferentes níveis, desde a edição de leis que visavam à criminalização dos negros no período colonial brasileiro, às ações dentro das instituições que dilatam o problema do racismo. A escravidão foi arcabouço para a construção de um racismo que a cada período se fortaleceu e possibilitou a sua própria estruturação dentro do Estado, pois após a abolição, a política de Estado foi o fortalecimento do “desenvolvimento econômico investindo na imigração europeia, enfraquecendo assim a participação profissional de negros recém-libertos no processo” (MORAES, 2013, p.23). Dessa maneira, o racismo que era estrutural pela própria condição torna-se também institucionalizado.

Nesse mesmo seguimento, a presença do Estado no redirecionamento do mercado de trabalho após a abolição foi decisiva para a construção da criminalidade em torno do papel do negro na sociedade, pois não houve políticas públicas, gerando desemprego e o enfraquecimento da condição social refletida tanto na saúde, alimentação, habitação e entre outros meios (MORAES, 2013, p.23). Desse modo, o direcionamento da situação do negro foi à marginalização afastando de todo processo de mudança no país.

Nessa perspectiva, o racismo institucional está nas camadas da estrutura política, cultural, social e econômica, pois o racismo é alimento do capitalismo. Historicamente a pobreza foi direcionada ao povo negro e diante de todas as mudanças no sistema econômico, o racismo é uma herança fática, sendo assim, a pobreza é alimento do capitalismo, que depende do racismo para a manutenção do sistema de exploração que atinge grupos não desejados, alvos do biopoder e da tanatopolítica.

A intrínseca relação do Estado de exceção com a fabricação dos artefatos da tanatopolítica, neste caso, a vida negra, engendra a violência estrutural e sistemática em torno da morte e do descarte dos indesejados. O que era feito através do caráter biológico pela seleção eugênica no período do nazismo, na Segunda Guerra Mundial, passou a ser feito por um critério essencialmente sócio racial, que possibilita o Estado utilizar de meios jurídicos para alimentar a engrenagem do poder que vai da privação de liberdade à morte física.

A realidade das condições de muitos negros no país é sobreposta em um cenário desolador onde os índices são resultados de uma administração dos corpos pelo Estado em que os critérios estão relacionados de acordo com a quantidade de melanina da pele. Diante desse contexto, o estado de exceção

age implacavelmente e impulsiona mecanismos que corroboram ações que levam muitos negros as celas e as covas. A utilização de recursos estatísticos possibilitou fazer um recorte racial no sistema penitenciário e na ocorrência de homicídios no Brasil, com análise qualitativa desses dados tornou-se possível constatar a prática do racismo institucional.

O racismo institucional no país obedece a um histórico legislativo de cerceamento da liberdade e de redução da condição do negro enquanto ser humano. A instrumentalização do Poder Judiciário através da interpretação/aplicação das leis pode ser letal quando os réus são negros, porque essas vidas se encontram em constante perigo, pois quando não são levados aos cárceres, são jogados nas covas.

Embora as condições e situações sejam distintas do período escravista brasileiro, ainda assim, o negro constitui o corpo castigado pelo Judiciário. Nesse sentido, o racismo institucional corresponde a uma estratégia para manter esse sistema funcionando, como ilustra bem a expressividade do índice carcerário brasileiro.

Segundo o ATLAS DA VIOLÊNCIA (2019, p.47) a taxa de homicídio entre os pretos e pardos ultrapassa a setenta por cento. De acordo com o INFOPEN/2017, no primeiro semestre do ano de 2017, o Brasil tinha setecentos vinte seis mil trezentos cinquenta e quatro pessoas privadas de suas liberdades, para um total de quatrocentos vinte três mil duzentos quarenta e duas vagas no sistema penitenciário brasileiro, perfazendo um déficit de mais de cento e setenta por cento (2017, p.7), deste contingente mais de trinta e cinco por cento são pessoas brancas, para mais de quarenta seis por cento são de pessoas pardas e mais de dezessete por cento são pessoas pretas, totalizando mais de sessenta e três por cento de pessoas negras no país (2017, p. 31).

O Brasil apresenta uma alta taxa de aprisionamento entre os anos de 2000 e 2017, chegando a ultrapassar mais de cento e cinquenta por cento (2017, p. 12), tendo como o maior índice de faixa etária entre 18 e 29 anos chegando a cinquenta e quatro por cento, mais da metade dos que estão privados de suas liberdades têm baixa escolaridade e a maioria são solteiros. Quanto à tipificação penal registra-se o tráfico de drogas, seguido por crimes contra o patrimônio e, por último, contra a vida, levando-se em conta que existem pessoas que já foram condenadas por mais de um crime (2017, p.45). Independente da tipificação penal, os negros são as maiores vítimas de homicídios e ocupam os altos índices de encarceramento. Portanto, não é uma questão meramente social, mas uma condição racial que tragicamente está associada ao padrão característico dos mortos e presos país.

## **Pinho Sol e Água sanitária: Alibis do racismo judicial, da perseguição penal seletiva-racial no processo de Rafael Braga**

O caso de Rafael Braga Vieira é um processo emblemático por demonstrar a perseguição penal seletiva-racial do Judiciário brasileiro. Foi a

partir do documento jurídico denominado “Apelação” apresentada pelo Instituto de Defensores de Direitos Humanos, sob processo de nº 0008566-71.2016.8.19.0001, à 39ª Vara Criminal da Capital do Estado do Rio de Janeiro que se utilizou como fonte de pesquisa para este trabalho, contextualizando esse recurso processual com os fatos veiculados na mídia brasileira.

Em junho de 2013, o Brasil estava passando por um período conturbado, com diversas manifestações e protestos que deixaram o país instável. O governo do Partido dos Trabalhadores – PT enfrentava duras críticas e, nesse período, o nascimento de uma tática de resistência e autodefesa chamada de *black bloc* (LOCATELLI, 2013, p.1) torna-se visível ao Estado, com depredações e uso de coquetéis *molotov* contra instituições privadas. Em consequência dessa instabilidade social, o único preso durante as manifestações foi Rafael Braga Vieira, jovem, negro, pobre, sem escolaridade, solteiro, catador de materiais recicláveis, morador da cidade do Rio de Janeiro.

Ao ser abordado por Policiais Civis quando saía de uma casa abandonada, local onde dormia, sem participar de qualquer manifestação ou protesto, foi preso em 20 de junho de 2013 enquanto carregava produtos de limpeza, água sanitária e pinho sol. Na fase registrada como inquérito policial, iniciou-se, por meio da formalização do auto de prisão em flagrante, foi acusado de estar portando coquetel *molotov*, sendo levado a 5ª Delegacia de Polícia do Rio de Janeiro.

Após o resultado do Laudo Pericial do Esquadrão Antibomba da Polícia Civil do Rio de Janeiro atestando que não havia possibilidade alguma de que o material encontrado com Rafael pudesse ser inflamável e, muito menos ser utilizado para a produção de coquetel *molotov*, colocou-se em discussão a ineficácia da produção da prova da defesa diante de um cenário em que se mostra extremamente hostil a um acusado negro, pois não se reconhece, ainda que seja descaracterizada a prova material, a inocência do acusado.

A produção das provas é uma prerrogativa condicionante ao devido processo legal e não reconhecê-las, quando de fato se mostrem robustas para o não indiciamento/condenação, fere drasticamente a legalidade do andamento do processo, pois a inobservância do contraditório e da ampla defesa pressupõe condenação antecipada. Diante disso, o caso Rafael Braga se mostra totalmente contrário, relativizando a própria segurança jurídica dos atos processuais, sendo considerado nulo o processo desde o início.

Os álibis apresentados contra Rafael representam o racismo institucional, uma tentativa dos agentes públicos em embranquecer as ruas da cidade. Ao fazer uma relação entre os elementos do material de limpeza doméstica (água sanitária e pinho sol) e a realidade social negra pode-se refletir e tornar translúcida a relação do Estado com o povo negro. Depreende-se, dessa maneira, que existe uma tentativa de higienização étnica no país que visa trancafiar negros pelo processo de limpeza social. Dessa forma, compreende-se que a realidade da população negra é tomada por uma assepsia social feita pelo estado de exceção.

Para análise de situação gravosa diante do procedimento aplicado pelo Judiciário durante o andamento do processo, analisa-se a situação de Rafael Braga durante a segunda parte de sua instrução criminal, assim como na primeira e segunda audiência em que permaneceu algemado, procedimento veementemente coibido na Súmula Vinculante nº11, do STF.

Na própria Apelação os advogados arguíram em defesa de Rafael Braga que inexistem fatos para tal procedimento, levando à compreensão de que o emprego de algemas inadequadamente conduz a anulação “desde a segunda parte da audiência de instrução e julgamento” (APELAÇÃO, 2017, p.9). Rafael compõe o perfil selecionado pelo Judiciário para ocupar as prisões e, ainda que, não se prove o ato delituoso o próprio processo é eivado de vícios, demonstrando que não é um ato jurídico, de fato, mas um cenário em que está posto para condenação independente das provas.

Rafael Braga antes de ser julgado foi preso provisório por cinco meses, mesmo tendo como prova de sua condenação o “artefato explosivo”, aguardou para ser julgado sob custódia do Estado, uma condição que assola a dignidade de inúmeros presos no Brasil. Diante de um Judiciário que se apresenta na prática como racista que sobreleva um sistema inquisitório que não reconhece provas e evidências de fato, somente busca castigar os corpos negros. Dessa forma, Rafael foi autuado no inciso II, Art.16, da Lei nº 10.826/2003, Estatuto do Desarmamento, por estar portando um artefato explosivo, mas, na verdade, “seu crime” foi ter nascido negro numa sociedade que o rejeita.

Existe uma perseguição cativa ao negro que é seletiva no processo judicial, pois o caso Rafael Braga demonstra o quanto o Judiciário pode ser perverso e racista em sua estrutura. Diante disso, é evidente que existem outros negros na situação de Rafael e muitos outros em situação pior, mas, essa perseguição exposta lembra uma espécie de caça às bruxas do século XV em que as provas são coadjuvantes, basta somente a convicção de que é negro para levar à prisão ou a óbito.

No caso do processo de Rafael Braga, é perceptível a atuação da tana-topolítica, pois se serve de diversos mecanismos para construir toda uma arquitetura jurídica para trancafiá-lo. Nesse sentido, o estado de exceção é meio pelo qual se utiliza métodos dentro do próprio ordenamento jurídico para tornar possível uma prisão sem provas, já que a finalidade desse sistema é a captação os corpos negros.

Mesmo diante de ausência de prova e de crime, Rafael foi condenado a cinco anos em regime fechado, quando era assistido pela Defensoria Pública. Em sede de Apelação, já com os advogados do Instituto de Defensores de Direitos Humanos - IDDH, teve sua pena reduzida para quatro anos e oito meses de prisão. O crime, portanto, não foi cometido, mas a pena foi aplicada em razão do racismo estrutural e institucional que demarca o próprio Judiciário.

Durante a fase de execução penal, assistido pelo IDDH, migrou para o regime semiaberto, onde trabalhava no escritório durante o dia e dormia à

noite na prisão, tendo, durante o cumprimento da pena. *Em trinta de outubro do ano de dois mil e quatorze, ao posar para uma foto em frente ao muro do presídio onde havia uma pichação com os dizeres: “Você só olha da esquerda para a direita, o Estado te esmaga de cima p/baixo”, e após esta ter sido publicada em rede social por seus advogados foi mais uma vez punido pelos agentes do Estado, que determinou seu isolamento em cela solitária por dez dias.*

*Na manhã do dia doze de janeiro do ano de dois mil e dezesseis, Rafael Braga saiu de sua casa para comprar pão na localidade onde mora, na Vila do Cruzeiro - Complexo do Alemão, onde foi abordado por policiais e por usar a tornozeleira eletrônica, a abordagem foi seguida por atos violentos por parte dos agentes da Unidade de Polícia Pacificadora (OLIVEIRA, 2017, p.1), sendo novamente preso e condenado por onze anos e três meses de prisão por Tráfico de Drogas, Associação para o Tráfico e Colaboração com o Tráfico. Se a sua condição já o torna vítima por ser negro e pobre, imagina-se com o monitoramento eletrônico. Assim é o peso do racismo na seletividade penal.*

Em treze de setembro do ano de dois mil e dezessete, foi concedida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça – STJ, Rogério Schietti, medida liminar a Rafael para que cumprisse a prisão domiciliar para se tratar de uma tuberculose contraída na prisão. As barreiras físicas que separam a sociedade do presídio não estão alicerçadas somente pelos muros de contenção de liberdade, mas também a negligência da saúde e da justiça que são características comuns aos presídios brasileiros. Portanto, a superlotação é uma estratégia da tanatopolítica racial.

A tuberculose está entre as grandes vilãs nas penitenciárias brasileiras, pois a sua proliferação é rápida e silenciosa. Segundo a Organização das Nações Unidas - ONU, a situação é classificada “como ‘um cenário de emergência de saúde e de violação de direitos humanos” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017, p.2). O risco de surto pode se tornar maior em ambientes fechados de pouca luz e sem ventilação e, como a maioria dos presos são jovens negros, pobres, mal escolarizados formam, assim, o grupo mais suscetível a suportar as adversidades impostas pela insalubridade do local.

E nessa condição, a situação crítica que envolve a condição de Rafael Braga, muda drasticamente, pois em oito de dezembro de dois mil e dezessete, o seu pedido de *Habeas Corpus* fora negado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, mantendo-o a condenação e até a presente data encontra-se preso. O corpo de Rafael Braga não pertence a ele mesmo, talvez nunca venha pertencer, pois sob o esquema da tanatopolítica a autonomia do próprio corpo é relativizada e, assim, todo o tramite legal do processo fora proporcionado não pelo pinho sol e água sanitária, nem pelo exercício da liberdade de expressão ao posar ao lado do muro pinchado, e muito menos pelo suposto crime de tráfico de drogas, mas foi por ser negro em um país racista. Expõe, por conseguinte, não um processo penal, de fato, mas um teatro sobre molduras procedimentais que são adaptadas conforme os interesses classistas e raciais.

## Considerações finais

Diante de tudo que foi exposto sobre o tema, percebe-se que os jovens negros vivem uma realidade determinada pelo projeto de biopoder instalado no Brasil através do estado de exceção que controla tanatopoliticamente seus corpos e seus destinos. A cor da pele que identifica socialmente carrega uma ancestralidade construída com dor, desespero, violência, sangue e muitas mortes. Existe um esquema preparado para atocaiar o povo negro, visto que as vidas de todos os negros trancafiados transformam-se em dados estatísticos para mostrar à sociedade que o fruto do racismo também leva à morte. Nesse tocante, o negro passa a compor a base da análise criminológica social dos assassinados e presos no país. A tanatopolítica encarrega-se dos cursores que levam os negros a morte, seja fora ou dentro das prisões no país.

O estudo do quadro social de Rafael Vieira Braga, partindo da concepção específica para o geral, reverbera a face racista do Poder Judiciário que reproduz o racismo institucional no cotidiano dos processos criminais que tramitam no país, pois de acordo com os dados da população carcerária os maiores números de presos são negros, o que reforça uma predisposição para a engrenagem da tanatopolítica.

A maneira como o negro é exposto na sociedade brasileira é resultado daquilo que é construído e codificado para ele e por ele percebido: a naturalização do racismo. O Estado que se constitui por exceção, o avalia sob uma percepção própria dentro da tanatopolítica, analisando o carácter biológico e, a partir disso, legitima o racismo, escravizando socialmente a condição negra.

Não restam dúvidas quanto a seletividade das decisões penais, quando se observa o perfil de suspeito que os agentes de segurança pública mais abordam, sendo jovem negro, pobre, marginalizado, bem como, o perfil dos apenados. Observando-se a filtragem feita pelo Judiciário, o resultado é praticamente o mesmo, pois o racismo institucional faz parte dessas estruturas e nelas perpetuam discursos que normatizam essa conduta.

A seletividade processual não consiste unicamente no número de pessoas negras presas, mas no direcionamento que leva ao aprisionamento, ou seja, prende-se mais porque são negros. Rafael Braga é uma incógnita processual que expõe nitidamente o posicionamento do sistema de segurança pública e do sistema de justiça do Brasil. Uma classe que privilegia a si própria, afastando os indesejados do convívio social.

Portanto, essa estrutura de carnificina do Estado tem levado milhares de jovens negros para “debaixo do saco plástico”, contribuindo para uma política de encarceramento em massa e de extermínio, construindo uma espécie de uma moldura genocida do povo negro. Dessa maneira, é preciso reconhecer que o Estado cultiva corpos negros, os torna produtos de uma economia que se utiliza do racismo para permanecer nos empregos informais, nos subempregos, no sistema penitenciário, enfim, em toda engrenagem da tanatopolítica racista.

São chegados os tempos em que as ideias morais haverão de desenvolver práticas que restrinjam ações racistas e realizem progressos que percorram as ideais de liberdade das pessoas e da igualdade racial. Porém, não se deve acreditar que esse desenvolvimento se faça sem lutas, pois para atingir a maturidade dessa ideia é preciso de agitações e discussões, a fim de que conscientize a todos da barbárie imputada a uma parcela considerável da população, alijada de direitos desde o processo de escravidão no Brasil. Uma vez tendo isso conseguido, a consciência tornará o ser humano mais responsável pelos próprios atos e capazes de transformar a própria realidade, porque abre-se uma porta para quebra da estrutura do racismo e da tanatopolítica, pois abre-se a portas para um novo mundo.

## Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**. O Poder Soberano e a Vida Nua I. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

\_\_\_\_\_. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

APELAÇÃO do Processo n. 0008566-71.2016.8.19.0001 a 39ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro. 19 jul. 2017.

DIÓGENES, Francisco B. Pereira. **O que resta da identidade entre biopolítica e tanatopolítica em Giorgio Agamben**. 2012. 129f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) Faculdade de Filosofia da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza – CE. 2012.

FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**. Curso no Collège de France, 1975-1976. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999.

FRANÇA, Leandro A. **A Genealogia da Tanatopolítica, suas maquetes contemporânea e os reflexos jurídicos no horizonte biopolítico desenvolvido pela medicina moderna**. 2013. 181f. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre – RS, 2013.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (Org.). **Atlas da violência 2019**. Brasília; Rio de Janeiro; São Paulo: IPEA; FBSP, 2020

LOCATELLI, Piero; VIEIRA, Willian. O Black Bloc está na rua. **Carta Capital**. 21 ago. 2013. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/revista/760/o-black-bloc-esta-na-rua-7083.html>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

MORAES, Fabiana. **No país do racismo institucional: dez anos de ações do**



GT Racismo no MPPE/Fabiana Moraes; Coord. Asses. Minist. de Comunicação Social do MPPE, Grupo de Trabalho sobre Discriminação Racial do MPPE - GT Racismo. -- Recife: Procuradoria Geral de Justiça, 2013.

OLIVEIRA, Henrique. Rafael Braga: o preso político da política de segurança. **Carta Capital**: Justificando. 25 abr. 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/04/25/rafael-braga-o-preso-politico-da-politica-de-seguranca/>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

REVEL, Judith. **Michel Foucault**: conceitos essenciais. Trad. Maria do Rosário Gregolin, Nilton Milanez, Carlos Piovesani – São Carlos-SP: Claraluz, 2005.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Decisão do Ministro, Rogério Schietti Cruz sobre Habeas Corpus n. 415.508 - RJ (2017/0229778-8)**. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/static\\_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/HC415508x.pdf](http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/HC415508x.pdf)>. Acesso em: 09 dez. 2017.

# BIOPOLÍTICA E O NASCIMENTO DO CONTROLE MÉDICO-POLICIAL BRASILEIRO

**Thayara Castelo Branco**

Advogada. Mestre e doutora em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professora do programa de Mestrado Profissional em Direito da Universidade Ceuma

## Resumo:

O artigo trata dos contornos do novo modelo de governo médico-policial instaurado no final do século XIX, em que visava à promoção de saúde básica pela via policialesca, ligada ao controle e normalização dos perigosos e indesejáveis. Dessa forma, problematiza a medicalização e policialização das ações governamentais que passaram a conectar a noção de “doença” à lógica de antecipação de perigo, crime, controle, exclusão e inocuidade, atendendo assim, à política de segurança que ali despontava e que deixou ranços severos no Brasil.

**Palavras-chave:** Controle médico-policial; Normalização; Segurança.

## Introdução

A segunda metade do século XIX foi marcada pelo novo modelo de política brasileira, modelo este apoiado na Medicina Social com seu programa de controle normalizador-sanitário da sociedade. Instaurava-se, então, uma nova relação entre a medicina e o Estado, passando necessariamente pela instrumentalização e o apoio da polícia médica. A saúde vista como problema social passou a ser passível de controle, norma e intervenção (policial). A ciência médica tomou proporções significativas, incorporando o local urbano como prática médica, bem como firmando-se como apoio científico indispensável ao exercício do poder do Estado.

A partir desses contornos o texto tem como foco trabalhar esse novo *governo médico-policial*, tendo como problema de fundo a seguinte questão: *Como a medicina social e sua estratégia biopolítica desenvolveu-se no Brasil como forma de controle social policialesco?*

A hipótese que ora se apresenta reconhece que a medicina por um lado, tinha a população como perigo e ameaça constante - sendo necessário o controle médico-social formal intenso -, e por outro, admitia o dever de promo-

ver o bem-estar da população através da proteção de sua saúde e educação pela via policialesca. A busca por saúde, higiene, salubridade, ligada ao controle e exclusão dos perigosos e indesejáveis, tinha a medicina como justificativa científica, que não estava ligada tão somente ao Estado, mas ao Estado de vigilância e contenção. Instalava-se a *era do controle médico-policial* surgindo, assim, “o maior impulso do positivismo disciplinante nas cidades”<sup>1</sup>.

Nessa linha também surgiu a criminologia positivista brasileira sustentada pela medicina social com aportes policialescos e, nessa via, os médicos (criminólogos) “encontraram” (como estratégia político-criminal) o corpo “doente” que tanto procuravam no “indesejado e inútil criminoso”; provaram, comprovaram e precisavam traduzir essas pesquisas e (con)firmações, juridicamente.

Essa é a discussão do pequeno texto que ora se inicia. Buscou-se analisar essa nova tecnologia de poder<sup>2</sup> com a regulamentação da população, agora reconhecida como problema biológico, político e de contenção. Para tanto, utilizou-se o método de abordagem *histórico-estrutural* – sistema analítico voltado à interpretação das transformações nas estruturas políticas, jurídicas, institucionais, culturais e econômicas, a partir da perspectiva histórica de médio e longo prazos. O tema por contemplar uma estrutura multifacetada requereu uma metodologia interdisciplinar, conjugando estudos jurídicos, criminológicos, médico-psiquiátricos, antropológicos, sociológicos e históricos, que impedem que ele seja apropriado unilateralmente por um dos saberes.

## O Projeto Médico-Político-Securitário

O século XIX inaugurou no Brasil uma série de transformações sociais, políticas, econômicas e científicas e nesse ritmo, somando forças, a ciência médica tomou proporções significativas, estabelecendo duas características básicas naquele momento: “1) a penetração e fortalecimento na sociedade, que incorporou o local urbano como alvo de reflexão e da prática médica; 2) como apoio científico indispensável ao exercício de poder do Estado”<sup>3</sup>.

Houve, portanto, um significativo deslocamento do objeto de análise da medicina, deixando de focar na doença para focar na saúde. O projeto do “médico político” estava no âmbito da prevenção, ou seja, deveria impedir o aparecimento de doenças e moléstias graves, atacando as causas primárias e tudo que pudesse atrapalhar o bem-estar físico e moral da população.

Nasce o controle das virtualidades; nasce a periculosidade e com ela a prevenção. O médico torna-se cientista social integrando à sua lógica a estatística, a geografia, a demografia, a topografia, a história; torna-

1 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Clases peligrosas. In.: **Revista Psicología**. Jueves, 10 de diciembre de 2009., p. 12.

2 FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

3 MACHADO, Roberto (et. al). **Danação da norma**: medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil. Rio de Janeiro: Graal, 1978, p.155.

se planejador urbano: as grandes transformações da cidade estiveram a partir de então ligadas à questão da saúde; torna-se enfim, analista de instituições: transforma o hospital – antes órgão de assistência aos pobres – em “máquina de curar”; cria o hospício como enclausuramento disciplinar do louco tornado doente mental; inaugura o espaço da clínica condenando formas alternativas de cura; oferece um modelo de transformação à prisão e de formação à escola<sup>4</sup>.

Em meio à desordem socioeconômica e política que o Brasil enfrentava – crescimento populacional desestruturado, falta de moradia e abastecimento, ausência de saneamento básico, desemprego, insegurança, precariedade de serviços médicos –, a medicina social ofereceu um discurso científico convincente e sedutor na tentativa de operacionalizar um projeto baseado em ordem, disciplina e saúde pública eficaz.

O médico-político-cientista-sociólogo-planejador inaugurou um novo modelo de política no país: *a política cientificizada*. A fórmula de controle estatal oficial a partir dessa “moderna” figura sofisticou-se para atender as recentes demandas e objetivos. Passou-se a pensar primariamente na *prevenção e controle* de todas as ordens.

Como na França, assinalava-se que a medicina agora não tinha por objetivo apenas estudar e sanar as enfermidades, mas também e, sobretudo, estabelecer relações com a organização social. A medicina podia e devia ajudar o legislador a sancionar leis, ilustrar o magistrado a aplicá-las e vigiar, junto à administração, em prol da manutenção da saúde pública, que era o nome dado à ordem social. Começou-se, então, a analisar medicamente a população como um todo, guiando o governo aos novos “cânones científicos”<sup>5</sup>.

O primeiro ponto desse ousado programa versava sobre *higiene pública*; lutar pela criação de regulamentos sanitários, intervenções em hospitais, prisões e lugares públicos, controle de venda de medicamentos e estudos de epidemias e doenças contagiosas. O segundo objetivo tratava da *defesa do saber médico*, com radical oposição a outras formas de curas<sup>6</sup>. Assim, os dois aspectos fundamentais da medicina social brasileira também contavam com os objetivos básicos da Sociedade de Medicina do Rio de Janeiro que se formalizava naquele mesmo período.

Não se tinha mais uma medicina neutra, mas sim politizada que integrava uma diferente e inovadora estrutura de Estado. Para a viabilidade desse poder político científico fazia-se necessária a instrumentalização especializada, o saber médico como aliado e meio de *normalização e controle* (na esfera política e de saúde pública).

Partindo desse conceito, Foucault<sup>7</sup> explica que os métodos de controle e

4 MACHADO, Roberto (et. al). **Danação da norma...**, p. 156.

5 ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 239.

6 MACHADO, Roberto et. al. **Danação da norma...**, p. 186-193.

7 FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp.: 74-75.

de disciplina dos quais a medicina se utiliza acabam normalizando o sujeito e que essa disciplina consiste, resumidamente, em: 1) analisar, decompor os sujeitos, lugares, tempos, gestos, etc. suficientes para percebê-los e modificá-los; 2) estabelecer sequências e coordenações ótimas; 3) estabelecer procedimentos de adestramentos progressivos e controles permanentes.

Então, a partir dessa estrutura estabelece-se a demarcação do normal e do anormal, dos aptos e inaptos a atenderem às demarcações construídas. Tem-se, portanto, a configuração da *normalização disciplinar*, que parte exatamente da referida *norma ideal*, de um modelo ótimo construído que passa a servir como parâmetro para esta operacionalização. O objetivo é transformar pessoas, gestos e atos conforme esse modelo ideal, sendo normal o plenamente capaz de segui-lo e anormal aquele que não o atende.

No seio dessa medicina constituiu-se a *psiquiatria brasileira* – diretamente influenciada pela escola francesa de Philippe Pinel – convencional e resumidamente definida como uma especialidade médica que se ocupa(va) do diagnóstico e do tratamento das doenças mentais, assim compreendida no final do século XIX, mas que no início do século XX mudou suas bases teóricas, estruturando-se quase que exclusivamente na biologização dos comportamentos e na prevenção eugênica.

Antes de ser uma especialidade médica, a psiquiatria institucionalizou-se como domínio particular da proteção social contra todos os perigos que a doença pudesse acarretar à sociedade, ou seja, como higiene do corpo social por inteiro. E para existir enquanto instituição de saber médico justificada e legitimada foi preciso que se adotassem algumas estratégias: 1) codificar a loucura como doença; 2) patologizar os distúrbios e as ilusões da loucura; 3) executar análises (prognósticos, observações, sintomatologia); 4) codificar a loucura como perigo. Em resumo, a psiquiatria (de forma infalível), por um lado fez funcionar toda uma parte da higiene pública como medicina, e por outro, ao estabelecer a loucura como doença e percebê-la como perigo, fez a prevenção e a suposta cura funcionarem como precaução social<sup>8</sup>.

Nos anos 20, a eugenia dominou o pensamento psiquiátrico brasileiro, sendo este um veículo da ideologia nazista. A lógica era neutralizar os inferiores para que não se reproduzissem e impulsionar o avanço dos superiores, esterilizando os “inúteis”. Seguindo essa linha, a *Liga Brasileira de Higiene Mental* (fundada em 1923), acabou elaborando um programa baseado na “prevenção eugênica”, conceito científico e inquestionável oriundo da psiquiatria nazista. Passaram a pedir

esterilização sexual dos indivíduos doentes, a pregar o aparecimento da miscigenação racial entre brasileiros, a exigir proibição da imigração de indivíduos não brancos, a solicitar a instalação de tribunais de eugenia e de salário paternidade eugênico, etc.<sup>9</sup>

8 FOUCAULT, Michel. **Os anormais**: curso no Collège de France (1974-1975). São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 148-149.

9 COSTA, Jurandir Freire. **História da psiquiatria no Brasil**. pp. 21-25.

Os vícios, a ociosidade, as doenças e a miscigenação racial precisavam ser combatidos para o progresso e a conservação moral e social da nação. O biologismo da Liga tinha um fundamento ideológico e não científico; “tinha inspiração nazi-fascista, com um programa racista, xenofóbico e discriminatório contra o louco e a doença mental”<sup>10</sup>.

Com o mito do saber científico e do risco da degradação moral e social causada pela miscigenação, a medicina apropriou-se da função de “salvar” a sociedade e de definir o que era bom ou mau para os indivíduos, bem como as ditas representações (estereótipos) do bem e do mal que antes era uma função das instituições religiosas. “O médico tornou-se o sacerdote do corpo e o médico-psiquiatra, em particular, do espírito”<sup>11</sup>.

A medicina social que se instalou no final do século XIX no Brasil, fruto das três linhas europeias (de estado, urbana e da força de trabalho) e talvez com uma certa predominância francesa, que procurou estabelecer-se e justificar-se na sociedade pelo viés da higiene pública, assinalou um novo tipo de existência enquanto saber (científico) e prática sociopolítica, distinguindo-se e opondo-se às várias formas de seu passado. Foi uma medicina não da terapêutica, que concentrou esforços numa futurologia perigosista da antecipação. Era “o poder dos médicos sobre o não patológico”<sup>12</sup>. E mais, era o surgimento das “classes perigosas”, termo criado no séc. XVIII para classificar e controlar os sujeitos carentes que de certa forma incomodavam e tensionavam politicamente.

Com a nova forma de contenção social e administração pública, foi proposta a transformação geral das cidades, sugerindo um planejamento urbano nunca visto antes. A tarefa da medicina a serviço do progresso consistia em orientar racionalmente a ação transformadora da sociedade, conduzindo-a à “civilização”<sup>13</sup>.

Os interesses de saúde pública tornaram-se cúmplices da segurança pública, num casamento jurídico-científico-normalizador violento e (ir)racional. Os argumentos científicos dispostos sobre a questão criminal, para além de dar fundamentação à punição (sobre o ideal repressor ou preventivo), prescreviam (e continuam a prescrever) (ir)racionalmente, meios de erradicação do “resto bárbaro” que insistia em emergir entre os ditos “civilizados”. Variando suas justificativas, a neutralização de um sujeito capturado pelo sistema penal (inimigo, estranho, louco, etc.), que carrega a diferenciação, era e será sempre o alvo político determinado. “Quando o ideal ‘humanista’ disciplinar passa a impor aos corpos dóceis a ortopedia da alma, que mais tarde tomará a roupagem de ressocialização, está em xeque a perene tentativa de eliminar este

10 AMARANTE, Paulo (coord.). **Loucos pela vida: a trajetória da Reforma Psiquiátrica no Brasil**. Rio de Janeiro, Fiocruz, 1995, p. 97.

11 COSTA, Jurandir Freire. **História da psiquiatria no Brasil**, p. 19.

12 FOUCAULT, Michel. **Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975)**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

13 MACHADO, Roberto (et. al). **Danação da norma...**, p. 276.

resto anacrônico individualizado em alguma essência criminosa”<sup>14</sup>.

## A Polícia Médica e A Nova Relação Entre a Medicina e o Estado

A medicina social sentia-se responsável pela desordem urbana (física e moral), desordem esta que se tornava uma ameaça ao Estado e que para ser resguardado necessitava de um poder de polícia disciplinador, controlador e repressor, capaz de proteger o homem dele mesmo e da violência comunitária. A medicina era uma instância gerenciadora da vida social.

No esquema cameralista, a teoria e a prática da administração pública vieram a ser conhecidas como “*polizeiwissenschaft*” (a ciência da polícia) e o ramo que tratava com a administração da saúde recebeu o nome de “*medizinhepölyzei*” (polícia médica), termo utilizado pela primeira vez na Alemanha em 1764, por Wolfong Thomas Rau, dando origem a um novo programa de administração da saúde pública. O médico passou a ser um administrador da saúde. Com a organização de um saber médico estatal, a normalização da profissão médica e a submissão dos médicos a uma administração central, teve-se uma série de fenômenos inteiramente novos que caracterizaram a *medicina de Estado*. E com ela transformou-se a ideia de polícia na teoria e na prática dessa administração pública. Nessa concepção do conceito de polícia médica na Alemanha, os médicos não eram obrigados somente a tratar seus pacientes, mas também a supervisionar a saúde da população<sup>15</sup>.

No início do século XIX, com a chegada de D. João, observou-se a necessidade da criação de uma polícia médica no Brasil. Criada em 1808, a *Intendência Geral de Polícia* tinha como função ocupar-se da realização de um governo civil na Corte, diretamente responsável pelo aumento e melhoria da população. Organizada em corpos de guarda sediados em quartéis, essa polícia focava para além dos limites urbanos da província, ou seja, era responsável pelo registro de estrangeiros que chegavam à Corte. Para Roberto Machado<sup>16</sup>, “instala-se, portanto, um governo policial que conhece e ordena a população cujo poder se estende até a competência propriamente jurídica sobre os infratores da ordem que promove”.

Como a velha engrenagem jurídico-policial não conseguia ordenar o meio urbano, uma nova estratégia, com novos agentes de coerção foram aliciados. Nasceu, então, o primeiro conceito policialesco do Estado brasileiro vinculado diretamente à noção de saúde e higiene pública. A saúde vista como problema social era vislumbrada pelo Estado como objeto passível de controle, norma e intervenção (policial). O alvo da polícia médica era a população livre, como estratégia de “zelo” e “promoção de saúde e bem-estar” para que esta

14 AMARAL, Augusto Jobim do. Crônica do interior da laranja. In: FRANÇA, Leandro Ayres (org.). **Literatura e pensamento científico**: discussões sobre ciência, política e violência nas obras literárias. Curitiba: iEA Academia, 2014. P. 166.

15 ROSEN, George. A evolução da medicina social. In: NUNES, Everardo Duarte (org.). **Medicina social...**, p. 37.

16 MACHADO, Roberto *et. al.* **Danação da norma...**, p. 169.

“evoluisse”.

Esse novo *governo policial dos municípios* tinha como meta responder à desordem urbana, intervindo fundamentalmente em três aspectos: 1) *aspecto urbanístico* – caracterizado por medidas de engenharia, alinhamento, limpeza, iluminação, desimpedimento de cais, ruas e praças e construções públicas; 2) *aspecto econômico* – o governo deveria policiar a agricultura, o comércio e a indústria; 3) *aspecto populacional* – relacionado diretamente com a vigilância da população<sup>17</sup>.

Por um lado, a população era vista como perigo e por conta disso as Câmaras deveriam tomar medidas contra a divagação de portadores de transtornos mentais e embriagados. Por outro lado, as Câmaras deveriam promover o bem-estar da população através da proteção de sua saúde e educação.

O fomento ao bem-estar através da proteção à saúde passou a desenvolver-se pela via policialesca. A busca por saúde, higiene, salubridade, ligada ao controle e exclusão dos perigosos e indesejáveis, tinha a medicina como justificativa científica, que não estava ligada tão somente ao Estado, mas ao Estado de vigilância e contenção. Instalava-se a *era do controle médico-policial* surgindo, assim, “o maior impulso do positivismo disciplinante nas cidades”<sup>18</sup>.

A medicina, que desde o século XIX lutava contra a tutela jurídico-administrativa herdada da Colônia, deu um passo pela independência aliando-se ao novo sistema. Incorporou a cidade e a população ao campo do saber médico, administrando antigas técnicas de submissão, formulando novos conceitos científicos, transformando a população em técnicas de intervenção e congregando interesses da corporação médica aos objetivos da elite agrária. Estabilizou-se um compromisso com base na salubridade: o Estado aceitou medicalizar suas ações políticas, reconhecendo o valor político das ações médicas<sup>19</sup>.

A partir de então, o projeto da medicina social de operacionalizar o discurso de ordem e normalização no país tinha como base aliada e instrumento de trabalho a estrutura policial (ideologia importada da Europa), acreditando ser esta a melhor e mais eficiente resposta aos distúrbios políticos e urbanos da época. O Estado medicalizava e policializava as ações governamentais e assim nasceu a noção de doença diretamente vinculada à lógica de perigo, crime, polícia, controle, exclusão, inocuização – agravado no caso de “doença mental”, pestes e epidemias – noção esta que desenvolveu sistemas de controle cruéis e genocidas (sobretudo no âmbito da saúde mental e do direito penal).

O vínculo era perfeito. Como a polícia tinha poder sem discurso e os médicos discurso sem poder, a nova parceria era certa: o poder policial urbano estava agora legitimado pelo discurso médico. Porém, o discurso médico não se bitolava nos sujeitos ameaçadores, mas funcionava como um capítulo dentro do grande paradigma que começava a se instalar: o do *reducionismo bio-*

17 MACHADO, Roberto (et. al). **Danação da norma...**, p. 182.

18 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Clases peligrosas.*, p. 12.

19 COSTA, Jurandir Freire. **Ordem médica e norma familiar...**, p. 28.



*logista racista*<sup>20</sup>.

Aqui fica claro que a patologização dos “incivilizados” e “diferentes” e a categorização como “anormais” foi uma construção sociopolítica que desvalorizou o homem como pessoa, oprimindo-o como cidadão. Atos ilegais foram declarados como “sintomas de doenças mentais”, criando-se a figura do “criminoso-doente”.

A colocação de algumas pessoas fisicamente saudáveis na categoria de doentes pode ser de fato justificada pela política, mas não pela ciência (médica). “Diversidade não é doença e o anormal não é o patológico”<sup>21</sup>. Isso porque até a metade do século XIX *doença significava uma desordem corporal* cuja manifestação típica era a alteração da estrutura física. A moderna psiquiatria criou um novo critério para conceituar doença, não mais pela observação corpórea, mas pela observação do comportamento. Assim foi construído um paralelo forçado entre as doenças físicas e mentais, ou seja, desordens corporais foram colocadas no mesmo patamar que desordens comportamentais e sofrimentos humanos. Os novos itens adicionados à categoria inicial de doença, determinada pela medicina moderna, desencadearam um significado metafórico para o termo. Todo comportamento ou experiência humana que se pudesse detectar ou atribuir a um “mau funcionamento” ou sofrimento foi rotulado como “doença mental”<sup>22</sup>.

## Considerações Finais

Demonstrada aqui está uma nova *tecnologia de poder*, uma *regulamentação da população*, dirigida ao homem enquanto ser vivo, não mais ao homem-corpo individualizado. Essa nova tecnologia foca na multiplicidade, na massa global, nos mecanismos mais sutis, mais racionais, na natalidade, nas incapacidades biológicas diversas, nos defeitos do meio, e assim, vai extrair seu saber e definir seu campo de intervenção, caracterizando-se como *biopolítica da espécie humana*<sup>23</sup>.

Lida-se com “a população, e a população como problema político, como problema a um só tempo científico e político, como problema biológico e como problema de poder”<sup>24</sup>. Nessa dinâmica, porém, não há uma exclusão da técnica disciplinar, pelo contrário, esta é embutida e integrada à nova tecnologia, fortalecendo-a e modificando-a parcialmente.

É dessa estratégia *biopolítica*, que não tinha o poder de curar ou normalizar os desvios como declarava, mas tão somente de antecipar um suposto

20 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 76.

21 CANGUILHEM, Georges. **O normal e o patológico**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 106.

22 SZASZ, Thomas. **O mito da doença mental**. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1979, p. 48.

23 FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade...**, pp. 288-292.

24 FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade...**, p. 293.

“perigo” e instrumentalizar cientificamente a política estatal de controle social, que desencadeará uma série de conceitos jurídico-penais no Brasil e toda a lógica de contenção das pessoas em sofrimento psíquico que porventura tenham cometido um injusto penal.

## Referências

AMARAL, Augusto Jobim do. Crônica do interior da laranja. In: FRANÇA, Leandro Ayres (org.). **Literatura e pensamento científico**: discussões sobre ciência, política e violência nas obras literárias. Curitiba: iEA Academia, 2014.

AMARANTE, Paulo (coord.). **Loucos pela vida**: a trajetória da Reforma Psiquiátrica no Brasil. Rio de Janeiro, Fiocruz, 1995.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

CANGUILHEM, Georges. **O normal e o patológico**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

COSTA, Jurandir Freire. **História da psiquiatria no Brasil**: um corte ideológico. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

COSTA, Jurandir Freire. **Ordem médica e norma familiar**. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Os anormais**: curso no Collège de France (1974-1975). São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. **Segurança, território, população**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MACHADO, Roberto (et. al). **Danação da norma**: medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil. Rio de Janeiro: Graal, 1978, p.155

ODA, Ana Maria Galdini Raimundo; DALGALARRONDO Paulo. Pinel no Brasil. In: PINEL, PHILIPPE. **Tratado médico-filosófico sobre a alienação mental ou a mania**. Porto Alegre: UFRGS, 2007.

ROSEN, George. **Uma história da saúde pública**. São Paulo: Hucitec, 1994. p. 152

SZASZ, Thomas. **O mito da doença mental**. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1979.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Clases peligrosas. In **Revista Psicología**. Jueves, 10 de diciembre de 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

# O PORTO E O DELITO DE SOLIDARIEDADE

**Carolina Piccolotto Galib**

Professora de Direito Internacional da PUC-Campinas. Doutoranda em Direito pela PUC-SP

**Luís Renato Vedovato**

Professor da Unicamp e da PUC-Campinas. Doutor em Direito Internacional pela USP

## **Resumo:**

Este trabalho tem como objetivo traçar um paralelo entre ficção e realidade, a partir da análise do filme “O Porto” de Aki Kaurismäki, que narra a história do encontro entre um francês e uma criança gabonesa que atravessou a fronteira francesa com sua família dentro de um contêiner. Da análise do filme corroborada com pesquisa bibliográfica, foi possível constatar que há uma política na Europa, especialmente a França, que lida com a migração a partir da premissa de que tal fenômeno deve rotulado como crise e não como um direito. Foi possível verificar que há diferenciação legal entre os que pertencem ao sistema e, portanto, têm acesso a direitos, e os que devem ser excluídos dele. Além disso, a tipificação do crime de solidariedade que criminaliza a sociedade civil que presta auxílio ao imigrante é um corrobora com o sistema pautado na exclusão.

**Palavras-chave:** Migração; Hospitalidade; Solidariedade; Europa; O Porto.

## **Introdução**

Partindo do pressuposto de que a arte cinematográfica tem o papel de unir as várias áreas do saber em uma, pois em um único filme vários contextos são retratados, como histórico, geográfico, cultural, político, sociológico, o que contribui por ampliar o objeto de estudo a partir do diálogo interdisciplinar, é que este trabalho se desenvolve. O cinema serve como verdadeira metáfora, pois o indivíduo reconhece a si mesmo representado nos diversos contextos retratados por meio da linguagem cinematográfica, tendo em vista que a compreensão da realidade se torna especialmente difícil quando estamos inseridos nela (GOMES, 2015, p. 294).

*O Porto* narra a história do encontro entre um engraxate francês e uma

criança gabonesa que atravessou a fronteira francesa, com sua família, dentro de um contêiner. A crítica do filme é evidente a respeito da forma com a qual países Europeus atuam com a temática migratória. A partir da metodologia de pesquisa bibliográfica e filmográfica, constata-se que o sofrimento vivenciado pela criança gabonesa no filme bem como pelo casal francês que a acolhe e auxilia, é fruto de uma política de Estados europeus que lidam com a migração a partir da premissa equivocada de que tal fenômeno deve rotulado como crise (SAGER, 2018, p.7).

Uma vez que há como pressuposto o estado de crise, instaura-se um conflito que é fomentado pelos próprios Estados a partir da diferenciação legal entre os que pertencem ao sistema e, portanto, têm acesso a direitos, e os que devem ser excluídos dele (ECHEVERRÍA, 2020, p. 112).

Tais perspectivas se afastam da lógica da hospitalidade e do direito do imigrante de não ser tratado como um estanho (BENHABIB, 2003, p.27), contrariando importantes tratados internacionais. A face mais trágica desses estigmas resulta na criminalização do imigrante e na tipificação penal do indivíduo que presta auxílio à permanência do imigrante, denominado delito de solidariedade (WERMUTH, 2014, p.179), potencializando a lógica da exclusão.

## O filme

### Breve análise sobre ficha técnica e enredo

*O Porto*, no original, *Le Havre*, é um filme rico em referências no campo das artes, história, sociologia e política. Muitas destas referências trazidas pelo cineasta Aki Kaurismäki dependem da interpretação e subjetivismo do espectador. Outras já são evidentes, como o nome de uma das personagens principais, Marcel Marx, em uma clara alusão à Karl Marx. A referência ao socialismo também se torna presente nos tons de vermelhos que acompanham várias cenas do filme, que possui Timo Salminen como o responsável pela fotografia.

O diretor e roteirista Aki Kaurismäki é finlandês e começou sua carreira como codiretor nos filmes do seu irmão mais velho, Mika Kaurismäki. Como diretor independente, sua estreia se deu em 1983, com o filme *Crime e Castigo*, versão cinematográfica da clássica obra de Fiodor Dostoévski. Foi vencedor do Grand Prix no Festival de Cannes em 2002 e indicado ao Oscar de Melhor Filme de Língua Estrangeira em 2003, por *O Homem Sem Passado*. Entretanto, Kaurismäki recusou estar presente na cerimônia, registrando que ele não se sentia com espírito para festas em uma nação em atual estado de guerra, em alusão a Guerra do Iraque. Também o filme *Luzes Na Escuridão*, de 2006, foi escolhido para ser a nomeação finlandesa no Oscar na categoria de Melhor Filme em Língua Estrangeira. O cineasta novamente recusou a indicação como forma de protesto contra a política exterior do Presidente dos Estados Unidos, George W. Bush (TERRA).

O pensamento contestador de Kaurismäki se faz presente em seus filmes e, no caso de “O Porto”, a crítica em face da política migratória do ex-presidente Nicolas Sarkozy é evidente, o que será explorado em tópico próprio sobre a contextualização do filme.

Além dos tons de vermelho que acompanham o filme em uma possível referência ao socialismo como já mencionado, a filmagem das cenas carrega um tom envelhecido, o que dá a impressão de que o filme é antigo, no entanto, o ano de lançamento do longa-metragem é 2011. As falas das personagens apresentam-se com simplicidade, e o filme possui certa lentidão no seu desenvolver, apesar de retratar a história de uma criança refugiada perdida em um continente velho e hostil. Foi filmado na cidade portuária francesa de Le Havre, que dá o nome original do filme, é uma coprodução entre a Finlândia, França e Alemanha e possui 93 minutos.

### **O enredo: hostilidade *versus* hospitalidade**

O início do filme retrata a vida de Marcel Marx, interpretado por André Wilms, um engraxate que vive na cidade portuária francesa Le Havre. Segundo Marcel, “depois da profissão de pastor a profissão de engraxate é a mais próxima do povo” - fala que expressa a solidariedade e humanidade do personagem que, no filme, representa a sociedade civil. Ele possui uma vida simples no subúrbio da cidade e reside com a esposa Arletty e sua cachorra Laika.

O longa retrata, então, a descoberta de que Gaboneses viajavam em um contêiner, tendo como destino final o Reino Unido. As pessoas foram encontradas durante uma inspeção noturna quando se ouviu o choro de uma criança de dentro do contêiner. No dia seguinte, a força policial é convocada para a abertura, cena que convidativa para a primeira reflexão: seria necessária a presença de tantos policiais para a ação, sendo o que despertou a atenção para a possibilidade de existência de pessoas dentro dele tenha sido o choro de uma criança? Nesta cena, pode-se perceber a mensagem crítica que o diretor pretende passar: a desproporção das ações do Estado quando se trata de possível entrada de pessoas de maneira ilegal no país.

Quando da abertura do contêiner, o que chama atenção, primeiramente, é a ênfase da filmagem nos rostos dos Gaboneses: são crianças, mulheres, idosos, homens. Talvez o cineasta quisesse revelar quem são as pessoas que buscam refúgio em outros países, pessoas estas ignoradas pelos Estados e mídias. Sendo assim, a ênfase nos rostos faz um contraponto com a omissão do Estado e a invisibilidade dos milhares de migrantes.

Nesta parte, há uma pausa nos acontecimentos e quem está assistindo tem a impressão de que o filme parou. O filme retorna o movimento quando Idrissa (interpretado por Blondin Miguel), menino gabonês que estava dentro do contêiner, se levanta e foge do destino de ser enviado para seu país de origem. Neste instante, um policial tem a reação automática de disparar contra ele, mas o inspetor, Monet, lembra ao policial que se trata apenas de uma

criança.

Os destinos de Marcel Marx e Idrissa se cruzam quando Marcel vai almoçar perto da estrutura portuária e encontra Idrissa que se escondia no mesmo local. E, a partir deste momento, inicia-se uma relação de amizade e auxílio à Idrissa para que ele conseguisse chegar ao seu destino, não somente por parte de Marcel e Arletty, mas também, dos vizinhos do casal que se empenham com doações de alimentos e demais cuidados com a criança, tendo inclusive, organizado um show de rock para angariar fundos para a viagem ao Reino Unido.

Fica claro também que, se de um lado há solidariedade da vizinhança, de outro, o aparato estatal francês se organiza para encontrar o garoto gabonês, que fugiu do contêiner, e mandá-lo de volta ao seu país de origem.

Isso é perceptível nas ações do inspetor Monet, que talvez seja uma referência ao sociólogo Jean-Claude Monet, um dos eminentes especialistas europeus em segurança pública, na divulgação pelos jornais sobre a procura de um menino gabonês em Le Havre, e sobre a preocupação do prefeito da cidade em encontrar o garoto. Ao final, o inspetor descobre que Idrissa embarcou ilegalmente em direção à Inglaterra, mas como deixasse aflorar, mesmo que por instantes, seu lado humano, diz à polícia o contrário, o que permite que Idrissa siga viagem ao encontro de sua mãe na Inglaterra.

Arletty, que havia sido diagnosticada com uma doença séria no começo do filme, é curada e retorna a sua casa, o filme termina com a imagem de uma cerejeira com flor, em um encerramento que transmite a mensagem que apesar do cenário as vezes não ser favorável, tudo tem a possibilidade de acabar bem.

## **A sociedade civil e o delito de solidariedade**

Em 2011, ano em que o filme foi lançado, Nicolas Sarkozy era o presidente da França, tendo permanecido na presidência deste país durante os anos de 2007 a 2012. Sarkozy não possuía uma política migratória pró-migrantes, tendo inclusive mencionado que a França deveria passar *de uma imigração sofrida a uma imigração ‘escolhida’*, além de declarar também que *O mínimo é que a França decida quem tem o direito de se instalar em seu território e quem não tem* (FASSIN, 2009). Também em 2011 a França e a Itália pediram a revisão do tratado de Tratado de Schengen, que garante, dentre outras coisas, a livre circulação de pessoas em alguns países da Europa, com o objetivo de restringir a entrada e circulação de migrantes no continente europeu (BBC, 2011).

Além disso, na cidade portuária francesa de Calais, que fica aproximadamente 200 km de Le Havre, cidade do filme, existia um dos maiores campos de refugiados denominado Selva ou, em inglês, *Jungle*, assim chamado em razão das condições de habitação, tais como abrigos precários, ausência de instalações sanitárias adequadas, ausência de segurança e outros serviços fundamentais. Era a maior favela da Europa Ocidental, este campo de refugiados

tinha capacidade para abrigar 6.000 pessoas, mas chegou a abrigar, em números estimados, de 7.000 a 10.000 migrantes (ONUBR, 2016). Isso porque Calais é um lugar estratégico, é uma das cidades francesas mais perto de Londres. Após várias recomendações do ACNUR, no ano de 2016, este campo foi desmanchado pelo governo francês (ONUBR, 2016).

Cabe lembrar que como ordem jurídica tem-se o ordenamento interno dos países, isto é, as constituições e leis internas e, também os tratados internacionais ratificados pelos Estados. Os tratados internacionais de direitos humanos, por exprimirem a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado (COMPARATO, 2013, p. 74). Disso decorre, também, que no caso de haver algum conflito entre normas do ordenamento jurídico interno de um Estado e normas internacionais, a que deve prevalecer é a mais favorável ao indivíduo, tendo em vista que a proteção do sujeito é a finalidade máxima de qualquer ornamento jurídico (COMPARATO, 2013, p. 75).

Há um conjunto de tratados e convenções internacionais que garantem a proteção do migrante. Apenas para citar alguns dos documentos que possuem alto grau de adesão por parte dos países, tem-se a Convenção de 1951 e seu protocolo de 1967, primeiros documentos específicos sobre refugiados. A Declaração de Cartagena, de 1984, documento regional da América Latina, que incluiu a generalizada violação de direitos humanos, como motivo de reconhecimento do *status* de refugiado.

Em 2016, houve adoção por 193 países da Declaração de Nova York sobre Migrantes e Refugiados, que apesar de ser uma declaração e não dotar força vinculante (assim como a Declaração de Cartagena) possui força política entre os países que a adotaram. E, em 2018, surge o Pacto Global de Migrações que tem como um dos objetivos incluir normas protetivas para os novos fluxos migratórios do século XXI, além de defender princípios para que os Estados ajam no sentido de garantir uma migração segura, ordenada e regular.

Para que os Estados consigam concretizar todos os compromissos que realizou ao ratificar os tratados é importante que todos os agentes estatais estejam afinados com as normativas internacionais, faz-se necessário a educação em direitos humanos em todas as instâncias. No momento em que um migrante ingressa ou tenta ingressar em um país à procura de condições dignas de vida o primeiro contato entre este e o Estado de acolhida é feito através da polícia. Infelizmente, conforme também demonstra o filme, este contato é feito de forma hostil. Porém, na prática, o que ocorre na maioria das vezes é que o imigrante se dirige primeiramente a ONG's de acolhida, muito em razão do temor de se dirigir à polícia e ser enviado para o território do qual veio (JUBILUT, 2007, p. 6 e 7).

Para o imigrante que acaba de chegar a um novo país, que não conhece o idioma local, não tem ciência de seus direitos, sobretudo da classificação convencional, isto é, se é refugiado, migrante econômico, refugiado ambiental,

ou qualquer que seja a classificação dada pelo Estado, a polícia muitas vezes representa risco de deportação. Portanto, é através da sociedade civil, sobretudo as ONG's que atuam diretamente com área de migrações, que viabilizam a concretização e o alcance o Direito Cosmopolita, consagrado por Kant.

No livro *À Paz Perpétua*, Kant afirma que todos os seres humanos possuem o direito de propriedade em comum sobre a superfície da Terra. Em sendo essa propriedade limitada, há o dever de tolerância, não havendo ninguém com mais direitos do que os outros. Essa máxima embasa o direito de visita, que é o direito de o cidadão do mundo estabelecer comunidade com todos e o direito à hospitalidade, ou seja, o direito de um estrangeiro não ser tratado como inimigo e forma hostil pelo fato de estar em território alheio (KANT, 1975, p.20).

Nesse sentido, o direito à hospitalidade está situação nas fronteiras da política e delimita o espaço civil regulando as relações entre membros e estranhos. (BENHABIB, 2003, p. 27).

Margarita Martínez Escamilla (2009, p. 5) sustenta que o modelo de gestão da imigração europeia é motivado mediante os interesses econômicos, uma vez que se só se admite quem pode ser útil para a economia. A imigração sob esta perspectiva econômica que os europeus não desejam assumir é concebida como uma ameaça, uma invasão. A consequência disso é uma política voltada para o controle fronteiriço, além da perseguição e hostilidade de quem consegue ultrapassar as fronteiras. Isso se materializa através dos instrumentos jurídicos que levam a cabo a *luta contra a imigração irregular*. Desta forma, a luta a que se refere possui três objetivos. O primeiro é o impedir que os migrantes saiam de seus países de origem, o segundo impedir que atravessem as fronteiras, e por último, caso consigam entrar, forçá-los a sair.

Há que se ter em mente a vulnerabilidade informacional dos migrantes, e que a polícia quase nunca se apresenta como um órgão acolhedor para tais pessoas. Deste fato decorre a afirmação da importância do indivíduo como sujeito de direitos e deveres no campo do Direito Internacional, para que este possa exercer com protagonismo a atuação em prol daqueles que são esquecidos pelas políticas públicas dos Estados (GOMES, 2015, p. 308).

De acordo com a previsão do Estatuto do Refugiado, o indivíduo que busca refúgio em território nacional só será rechaçado se oferecer perigo à segurança nacional, na remota hipótese de se admitir referida previsão legal como razoável. Cabe, aqui, o seguinte questionamento: seria a polícia o órgão mais adequado para realizar este juízo de valor, isto é, para estabelecer quem oferece e quem não oferece perigo à segurança nacional? E no caso de que se constate que o indivíduo é considerado perigoso, teria ele direito de recorrer dessa decisão, ou possuiria condições para recorrer, tendo em vista que, segundo a lei, seria mandado de volta para o país de onde veio?

Segundo Foucault o poder está alocado a sistemas locais e dispositivos estratégicos, a partir das táticas de dominação dos corpos (FOUCAULT, 1986, p. 186). Com base nisto, o contato do migrante com esses micropode-



res estatais, representados pela polícia federal causa intimidações ao sujeito e se aproxima o Estado a um Estado policial. Entende-se, portanto, que sistema adotado - inserindo a polícia como o órgão responsável por realizar o primeiro contato entre o imigrante e o Estado - não seja o ideal, tendo em vista que o mesmo órgão que é responsável por este controle é também responsável pela segurança nas fronteiras.

Como descrito ao longo do presente trabalho, o filme “O Porto” retrata atuações antagônicas diante de um mesmo fato - a chegada de imigrantes - que no caso do filme se trata de uma criança pretende seguir viagem ao encontro de sua mãe no Reino Unido.

Em um contexto em que a sociedade civil possui um importante papel na acolhida do imigrante, nota-se que os Estados instituem políticas contrárias à entrada de pessoas mediante a criminalização da solidariedade prestada. Vários Estados Europeus criminalizam a ajuda aos imigrantes indocumentados, por exemplo. É o caso de países como a Hungria, Espanha, Estados Unidos e França (BROTTO, 2018).

Na França a lei é de 2008 e é chamada de “Lei sobre ajuda à entrada ou à permanência irregular”, o crime é conhecido popularmente por “Delito de solidariedade”, prevê penas de até cinco anos de prisão e multas de até 30 mil Euros para quem, nos termos do artigo L.655-1, “facilitar, direta ou indiretamente a entrada, circulação ou a permanência irregular de um migrante”. Além da pena de prisão e multa, pode haver também a perda da carteira de habilitação por cinco anos, impedimento ao trabalho além de perder o elemento que utilizou para cometer tal crime (BROTTO, 2018).

Porém, um precedente importante da corte francesa de 2018 pode indicar mudanças significativas a partir da absolvição de Cédric Herrou, um agricultor francês que foi condenado a pena de quatro meses de prisão por hospedar em sua casa um grupo de imigrantes da África que não tinham permissão de ingresso nem de estadia na França. A corte, ao julgar a apelação de Herrou, entendeu que a lei não leva em conta o princípio da fraternidade, já que as ações que se revestem de fins humanitários devem estar isentas de sanções. Também há a descriminalização de ações de circulação de imigrante irregular no país, desde que motivadas para fins humanitários (BROTTO, 2018).

Uma crise migratória é instaurada a partir do momento em que as políticas governamentais convergem para o tratamento do tema através da securitização. Cria-se a terminologia imigrante ilegal, que é determinado pela escolha do Estado (SAGER, 2018, p.7, 8). Escolha esta que se afasta do direito internacional dos direitos humanos. Uma vez que há como pressuposto o estado de crise, instaura-se um conflito que é fomentado pelos próprios Estados a partir da diferenciação legal entre os que pertencem ao sistema e, portanto, têm acesso a direitos, e os que devem ser excluídos dele (ECHEVERRÍA, 2020, p. 112). A face mais trágica desses estigmas resulta na criminalização do imigrante e na tipificação penal do indivíduo que presta auxílio à perma-

nência do imigrante, denominado delito de solidariedade (WERMUTH, 2014, p.179), potencializando a lógica da exclusão.

## Considerações Finais

O que se objetivou demonstrar com o presente trabalho foi a possibilidade do retrato de diversas realidades que o cinema consegue fornecer ao espectador. Aki Kaurismäki em *O Porto* conseguiu representar o drama que milhões de migrantes que enfrentam; além de terem que abandonar suas origens, há uma segunda luta em busca de sobrevivência e aceitação em algum país que possa lhe oferecer condições dignas de sobrevivência. O filme é uma crítica à política migratória que a Europa mantém em insistir em uma política contrária a migração.

Idrissa, o menino do Gabão, representa os milhares de imigrantes e refugiados que buscam a possibilidade de serem reconhecidos como cidadãos do mundo. Porém, para que seja possível alcançar referido direito, várias barreiras devem ser ultrapassadas, sobretudo quando o Estado lida com a temática a partir do reforço das diferenças, o que faz do imigrante um estranho. Destacou-se, também, o papel da política nesse contexto, e o entendimento de que este órgão, ressaltadas as diferenças entre os Estados, não é o mais propício para lidar com os imigrantes em vulnerabilidade.

Por outro lado, a sociedade civil, por vezes, mostra-se a única saída de acolhimento aos imigrantes, ao passo que, infelizmente alguns Estados optam por criminalizar essas ações de solidariedade, como é o caso da França, Espanha e Hungria.

Ao final do filme, Idrissa consegue embarcar rumo ao Reino Unido ao encontro de sua mãe que lhe espera na Inglaterra, alcançando seus objetivos, o que foi possível através de esforços da sociedade civil e do inspetor que desiste de denunciar o garoto. Também, na França, há uma tendência de superação do dito crime de solidariedade, a partir de um precedente da Corte Francesa. Espera-se, então, que em relação ao final do filme, a vida possa imitar a arte.

## Referências

BBC. **Itália e França pedem revisão do tratado de Circulação na Europa.** 26 de abril de 2011. Disponível em: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/04/110426\\_franca\\_italia\\_schengen\\_pai.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/04/110426_franca_italia_schengen_pai.shtml). Acesso em 9/8/2017.

BENHABIB, Seyla. **The right of others. Aliens, Residents and Citizens.** Cambridge University Press, 2003.

BROTTO, Victoria. Delitos de solidariedade: veja países que criminalizam a ajuda a imigrantes. **Migra Mundo.** 27 de junho de 2018. Disponível em: <https://migramundo.com/delitos-de-solidariedade-veja-paises-que-criminalizam-a-ajuda-a-imigrantes/>. Acesso em: 20.11.2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 8ª Edição, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2013.

ECHEVERRÍA, Gabriel. **Towards a Systemic Theory of Irregular Migration. Explaining Ecuadorian Irregular Migration in Amsterdam and Madrid**. Springer open. Trento, Italia.

ESCAMILLA, Margarita Martínez. Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta donde estamos dispuestos a llegar?. *In Dret revista para el análisis del derecho*. Bececlona, julio de 2009. p. 5.

FASSIN, Eric. A imigração seletiva na França. **Le Monde Diplomatique**. 2.11.2009. Disponível em: (<http://diplomatique.org.br/a-imigracao-seletiva-na-franca/>) Acesso em 9.8.2020

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 6ª Edição, 1986.

GOMES, Joséli Fiorin. **“O Porto”: um olhar idealista sobre o indivíduo nas Relações Internacionais contemporâneas**. Fino Traco Editora, 2015, p. 293-312.

JUBILUT, Liliana Lyrá. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Editora Método, 2007.

KANT, Immanuel. *À Paz Perpétua: Um Projecto Filosófico*. 1975. Disponível em: [http://www.lusosofia.net/textos/kant\\_immanuel\\_paz\\_perpetua.pdf](http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf).

ONUBR. Agência da ONU elogia decisão da França de fechar campo para refugiados em Calais. 19.10.2016. <https://nacoesunidas.org/agencia-da-onu-elogia-decisao-da-franca-de-fechar-campo-para-refugiados-em-calais/>. Acesso em 9/8/2017.

SAGER, Alex. *Ethics and Migration Crises*. **Oxford University Press**, setembro, 2018.

TERRA. Aki Kaurimäki. Filmow. Disponível em: <https://filmow.com/aki-kaurismaki-a56592/> Acesso em 9.8.2020.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Pireito penal, migrações e mixofobia na União Europeia. **Revista Científica Internacional**. nº 31, volume 1, outubro/ dezembro 2014.

## Filmografia

O PORTO. Direção: Aki Kaurismäki. Le Havre. 93 min. 2011. Finlândia, França, Alemanha.

# ¿CUÁNDO UN DISCURSO ES UNA EXPRESIÓN DE ODIOS SEXISTA? LÍMITES Y TENSIONES EN CLAVE DE DERECHOS HUMANOS

**Liliana Aída Beatriz Urrutia**

Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Abogada especializada en Derecho de Daños egresada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica Argentina (2009); Actualización en Derecho de Daños por la Universidad de Salamanca - España (2020); Profesora Adjunta de Obligaciones y Derecho de Daños de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina); Docente seleccionada Programa Escala Docente de la Asociación de Universidades Grupo Montevideo (2014) con destino en la Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil); Doctoranda en Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina); Presidenta de la Comisión de los Derechos de la Mujer del Colegio de Abogados de Rosario de Argentina (2006-2017); Estudios en Derechos Humanos de las Mujeres; autora de diversas publicaciones

## **Resumen:**

El objeto de este trabajo consiste en analizar el discurso de odio sexista a partir de dos casos mediáticos, que sucedieron en Argentina. Para ello, procedimos a delimitar lo que entendemos por discurso de odio sexista. Luego analizamos los discursos seleccionados desde el marco teórico de la biopolítica. La metodología utilizada es el análisis discursivo, comprendiendo la actuación de las personas involucradas, como desencadenadora de una tensión entre los campos mediático, político, social y jurídico. Así, concluimos que estos discursos expresan odio biopolítico contra las mujeres, como colectivo vulnerable destinado a ser matable-invisibilizado; y que puestos en tensión mediante la “resistencia” de colectivos sociales y organismos públicos, fueron judicializados, generando nuevos discursos de “disculpas”, que exteriorizan una deconstrucción de aquellos discursos originarios de odio, dejando un nuevo interrogante, ¿habrá un discurso oculto (el no-discurso) de odio biopolítico?

**Palabras clave:** Discurso de odio sexista; Biopolítica; Libertad de expresión.

“Libertad” significa libre acceso a las mujeres. “Expresión” significa que los cuerpos de las mujeres digan lo que ellos quieren que digan - MacKinnon, Catharine

## Introducción

La emergencia de estos discursos de odio sexista o misóginos constituye una de las tantas formas de violencia contra las mujeres; además de violencia verbal, simbólica y mediática, la incitación a la violencia física y sexual, son el reflejo de la violencia estructural hacia las mujeres.

Los medios masivos de comunicación y los comunicadores sociales, amparados en la libertad de expresión, producen y reproducen discursos de odio sexista, justificados por estereotipos patriarcales, cosificando, así, a las mujeres y, por tanto, adueñándose de sus vidas (nudas vidas).

Como método de trabajo procedimos a delimitar lo que entendemos por discurso de odio sexista para analizar, luego, los discursos seleccionados, comprendiendo la actuación de las personas involucradas, como desencadenadora de una tensión entre los campos mediático, político, social y jurídico.

Por último, expusimos brevemente el conflicto de los derechos constitucionales en juego, concluyendo que uno de los límites de la libertad de expresión es el discurso de odio.

## Discurso(s) de odio

Los discursos de odio son manifestaciones de intolerancia y violencia hacia grupos o personas, cuyas condiciones o concepciones del mundo son diferentes a lo que se considera aceptable y normal para una sociedad. Son los excluidos, los “nadies” de Eduardo Galeano.

En Europa, la Recomendación General N° 15, sobre Líneas de Actuación para combatir el discurso de odio, adoptada por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (2015) define el discurso de odio como el fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones en la raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales.

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su Informe *Combatiendo el Discurso de Odio en Línea* (2015) sostiene que comprende, entre otros, discursos que incitan, amenazan o motivan a cometer actos de violencia. No obstante, para algunos el concepto se extiende también a las expresiones que alimentan un ambiente de prejuicio e intolerancia, que puede incentivar la discriminación, hostilidad y ataques violentos dirigidos a ciertas personas.

Así podemos decir que los discursos de odio son ataques dirigidos a personas o grupos de personas cuya forma de entender y habitar el mundo se visualiza como amenazante de un ordenamiento social (pre)existente idealizado. El concepto de discursos de odio (en plural) refiere a un género discursivo

compuesto por distintos tipos de discursos violentos o agresivos hacia grupos sociales que se intenta segregar. Este género discursivo comprende: a) el “discurso de odio” (en singular), que atenta contra la vida de una persona o grupo de personas, y se corresponde con los mensajes de incitación al odio o la violencia; b) los “discursos discriminatorios” que amenazan la dignidad ciudadana de una persona, o grupo de personas, y pretenden segregar, discriminar o impedir el ejercicio de derechos en igualdad de condiciones; y c) el “discurso hostigador” que busca limitar la libertad de expresión de una persona, o grupo de personas, obturando su participación en el espacio público a través del acoso o el amedrentamiento (Torres y Taricco, 2019).

Ahora bien, ¿qué entendemos por discurso de odio sexista o misógino?

Etimológicamente, el término *misoginia* [del griego, *μισο-* *miso-* (que odia), *gynē* (mujer) significa “aversión a las mujeres”; y *aversión*, el “rechazo o repugnancia frente a alguien o algo”. Así, la *misoginia* no es sólo el odio a la mujer por el hecho de ser mujer, sino que comprende los prejuicios arraigados contra la mujer y, como tal, es base para la opresión de las mujeres en las sociedades patriarcales. La *misoginia* puede manifestarse de diversas maneras, como la denigración, discriminación, violencia y cosificación sexual de la mujer. Cuando el contenido de ciertas expresiones machistas incita o provoca que las mujeres sean violentadas o violadas, sin lugar a dudas, estamos frente a un discurso misógino (Urrutia, 2017).

Álvarez Rodríguez (2019) afirma que se está abriendo paso a un nuevo discurso del odio, el llamado discurso de odio sexista a partir de ampliarse las *causas odiosas*.

Según el Informe del Consejo de Europa “Combating Sexist Hate Speech” (s/f), el objetivo del discurso de odio sexista es humillar u objetivar a las mujeres, subestimar sus habilidades y opiniones, destruir su reputación, hacerlas sentir vulnerables y temerosas, y controlarlas y castigarlas por no seguir un determinado comportamiento. El discurso de odio sexista tiene el efecto de silenciar a las mujeres, obligándolas a adaptar su comportamiento y limitar sus movimientos y participación en diversas actividades humanas.

Desde una mirada biopolítica, el discurso de odio reduce a los individuos a nuda vida, a mera existencia biológica (*ζοε*). Este discurso legitima-perpetúa la conservación de los estereotipos patriarcales dominantes, que se traduce en la posibilidad de decidir quien merece vivir y quien no. Siguiendo a Agamben, en su libro “Lo que queda de Auschwitz” (2000), donde describe al “muerto-vivo” (al “no hombre”), es decir, aquél que fue completamente des-subjetivado por el dispositivo de Auschwitz, en el discurso de odio biopolítico sexista quien ha sido des-subjetivada por el patriarcado es la “no mujer” (vida nuda). Como puede verse en las expresiones analizadas, la “no mujer” cosificada (cual objeto descartable) no merece vivir y sólo ha conseguido “sobrevivir” con su discurso de resistencia (denunciando) a través de colectivos sociales, representantes institucionales y ante los órganos judiciales.

Así, la decisión entre la vida y la muerte del cuerpo femenino está entre-

gada a las manos del “hombre soberano”, a partir de una estructura patriarcal de organización de la sociedad (Wermuth y Nielsson, 2017).

En este sentido, siguiendo la interpretación de la biopolítica de Agamben (2005) y expandiéndola para una interpretación del patriarcado, anclado en el sexismo (que estructura desigualdades a partir de las diferencias biológicas), la mujer (como categoría definida por el propio patriarcado) es elegida como figura de matabilidad, efectiva o simbólica, presupuesto del control biopolítico de la vida humana (Wermuth y Nielsson, 2017).

Dentro de esta lógica la mujer es la caza que, perseguida, deberá ser eliminada o salvada por los hombres, en el caso que estos así lo desearan. Obviamente, eso significa que la amenaza de muerte física se puede o no concretar; al final, como lo afirmaba Foucault (2001), por “quitar la vida” no se debe comprender “solamente el asesinato directo, sino también todo lo que puede ser asesinado indirectamente: el hecho de exponer a la muerte, de multiplicar para algunos el riesgo de muerte o, pura y simplemente, la muerte política, la expulsión, el rechazo” (Wermuth y Nielsson, 2017).

Este proceso comienza con la subyugación de la mujer a través de una simbolización de lo femenino que tiene en la pasividad el primer movimiento en dirección a la muerte. El encuentro entre lo femenino, la mujer y la muerte es una constante en la historia: ella morirá, pero no antes de que ya esté simbólicamente muerta, siendo mujer exclusivamente como figura de pasividad y, sin exagerar, de muerte (Tiburi, 2013).

En los contextos de “desechabilidad biopolítica” de ciertas personas (los cuerpos de las mujeres), los grupos empoderados (los medios masivos de comunicación y los comunicadores sociales) ganan poder de facto sobre la población, particularmente la más vulnerable (mujeres, niñas y adolescentes), por medio del uso de diferentes formas de violencia (violencia discursiva, simbólica y mediática). Además, en estos casos, estas formas de violencia a través del discurso de odio, incitan a la comisión de otros tipos de violencia, física o sexual.

Este es el necropoder en operación que construye ese contexto de “descartabilidad biopolítica” de ciertos cuerpos (Sagot, 2020).

Estas vidas desprovistas de toda cualificación (nudas vidas) son los cuerpos descartables (abusados, violados, matados), que vuelven a ser matados a través de la palabra (los discursos misóginos o discursos de odio sexista). Como pudimos observar en los discursos analizados, la muerte simbólica de la mujer trae aparejada su muerte física o sexual.

## **Los discursos seleccionados y su contextualización**

### **Las expresiones de Gustavo Cordera**

Gustavo Cordera es un músico argentino, que el 8 de agosto de 2016, en el marco de una entrevista en la escuela de periodismo Taller Escuela Agencia TEA Arte, de la ciudad de Buenos Aires, manifestó:

“Hay mujeres que necesitan ser violadas para tener sexo”... “es una aberración de la ley que si una pendeja de 16 años con la concha caliente quiera coger con vos, vos no te las puedas coger”.

“Hay mujeres que necesitan ser violadas para tener sexo porque son histéricas y sienten culpa por no poder tener sexo libremente”.

“Si yo tengo algo bueno para darte puedo desvirgarte como nadie en el mundo. A mí hablame de cómo te sentís y te entiendo, pero si me hablas de los derechos no te escucho porque no creo en las leyes de los hombres, sí en las de la naturaleza”.

Las declaraciones del músico se produjeron luego de que una alumna preguntara qué opinaba sobre un cantante, que había sido acusado de abuso sexual, quedando registradas en los grabadores de varios alumnos, y difundidas por las redes sociales.

Como consecuencia de ello, se le inició una causa judicial por una denuncia presentada por la presidenta del Consejo Nacional de las Mujeres, a la que se sumó el Instituto Nacional contra la Discriminación y la Xenofobia y el Racismo (INADI).

El Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 6, de Buenos Aires, que entendió en la causa, dictó el procesamiento del músico por la presunta comisión del delito de incitación a la violencia colectiva contra las mujeres, de conformidad al artículo 212 del Código Penal argentino.

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 7, de Buenos Aires, suspendió el juicio a prueba, a pedido del procesado Cordera, mediante la figura conocida como *probation*, por la cual se propuso la realización de dos shows gratuitos, la asistencia a un taller de género y un video de retractación y disculpas públicas para difundir en redes sociales y medios de comunicación. Así fue que asistió a un Taller de Conversaciones sobre Género y Cultura, en el marco de la Justicia Restaurativa de la ciudad de Buenos Aires, y presentó un video que fue rechazado por no evidenciar arrepentimiento alguno.

El Tribunal sostuvo que la gestualidad de Cordera al mantener la mirada baja y fija en el documento durante prácticamente todo el video, el tono y la cadencia de voz que lo acompaña, parecen demostrar cierta disconformidad o, cuanto menos, incomodidad con la condición impuesta para la *probation*, lo que despierta la inquietud en cuanto a que se haya alcanzado el propósito. Consecuencia de ello, debió realizar otro video, que sí fue aceptado el pasado 20 de agosto de 2020.

Es así que el discurso de “arrepentimiento” propuesto por el músico y aceptado por la Justicia; es decir, un discurso condicionado por las circunstancias, expresaba:

“Las mujeres son un grupo en situación de desigualdad estructural. Sobre ellas recaen muchos estereotipos y prejuicios. Los discursos que les restan importancia a experiencias traumáticas como es la violencia sexual y el abuso de niñas y adolescentes refuerzan y profundizan esos estereotipos y prejuicios”.



“Me parece atinado marcar la diferencia entre justificar y explicar. En nada se justifica la ofensa cometida, pero se explica en mi pertenencia a una generación que ha empezado a educarse, a correr el velo que le impedía ver” ... “Soy los que han tomado conciencia de la necesidad de cambiar la forma de decir para marcar claramente que también se ha cambiado la forma de pensar y sobre todo valorar ciertas expresiones dañosas, ofensivas y peligrosas. Y que esta evolución en mi caso es, justamente, un dato de crecimiento que agradezco y en virtud del que me comprometo a marcar el camino que otros necesitan ver. Por todo esto pido disculpas a quien ofendí y lastimé. Sobre todo a las adolescentes que han sufrido violencia sexual tanto en el ámbito del rock como en otros ámbitos también. Me arrepiento de mis dichos y me retracto y me comprometo a reflexionar en torno a estos hechos para no repetirlos y para contribuir a lograr una sociedad más igualitaria”.

Finalmente, el Tribunal dio por cumplida la *probation* por parte de Cordera, sobreseyéndolo en la causa por incitación a la violencia colectiva.

## Las expresiones de Baby Etchecopar

Ángel “Baby” Etchecopar es un periodista y conductor radial argentino, que el 11 de abril de 2017, fue denunciado ante la Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual, por las declaraciones que realizó en su programa “El ángel del mediodía”, que se emite por Radio 10, a los pocos días del crimen de Micaela García.

Etchecopar, en el contexto del femicidio de la joven, dijo:

“Si tu hija de doce años sale mostrando las tetas y haciendo trompita, hay una provocación, porque no es casual que de golpe aparezcan tantos violadores”.

Se denunció al conductor por considerar sus dichos totalmente repudiables debido a su contenido violento y misógino, por avalar y ser cómplice de la cultura de la violación, cargando la responsabilidad de la violencia machista a las mujeres.

Como consecuencia de esas expresiones, el día 14 de mayo un grupo de mujeres decidió realizar un escrache en las inmediaciones de la radio. La respuesta del conductor fue una nueva agresión contra las mujeres (colectivos feministas), dando a conocer los números de teléfono y los nombres de las tres voceras de la “Campaña contra las violencias hacia las mujeres”, pidiendo a su audiencia que las llamen para escracharlas y violentarlas. A partir de este hecho, las mujeres señaladas por el conductor comenzaron a recibir decenas de llamados y mensajes con contenido violento, amenazas de violación y muerte, pornografía, y todo tipo de agresiones.

La Defensoría del Público (2017) recibió a las representantes de las organizaciones mencionadas, se relataron los reclamos realizados contra el pro-

grama denunciado, y se tomaron decisiones, que en algunos casos derivaron en sanciones de la autoridad de aplicación de la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual.

Por todo esto, Etchecopar fue denunciado ante la Fiscalía Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM), acusado por instigación a cometer delito, intimidación pública y apología del crimen. La causa fue concluida por medio de la figura de la suspensión del juicio a prueba, fijándose como regla de conducta la emisión de micros radiales en el programa del periodista denunciado, consistente en informar y concientizar a la sociedad sobre la violencia de género.

El Ministerio Público Fiscal destacó el trabajo de la Defensoría del Público (2019) “por su inestimable contribución y participación para la realización del Dispositivo Diálogos para la comunicación no violenta” que consistió en la realización de veintidós micros radiales destinados a reflexionar sobre las violencias por razones de género contra las personas e informar a las audiencias sobre distintas herramientas jurídicas, que salieron al aire en el programa radial de Ángel Etchecopar “El Ángel del Mediodía”, en el marco del cumplimiento de la *probation*.

Es interesante en este caso destacar dos situaciones que se dieron: 1) al momento de presentar los micros radiales, el ofensor demostró cierta desconformidad o falta de compromiso, haciendo una aclaración introductoria sobre la *probation*; y 2) con posterioridad a este hecho fue denunciado nuevamente ante la Defensoría del Público (2020) por otros dichos, en otro programa “La noche de Mirtha Legrand”, refiriéndose a la vicepresidenta argentina (ex presidenta) Cristina Fernández de Kirchner, diciendo que era el “cáncer” de la Argentina.

## **Las expresiones de repudio manifestadas por la sociedad (discursos de resistencia)**

El repudio social frente a los discursos misóginos proferidos por estos comunicadores fue parte del costo que debieron afrontar por sus expresiones de odio sexista. En ambos casos fueron cancelados sus shows. El músico Gustavo Cordera volvió a los escenarios después de un año. Por su parte Baby Etchecopar también sufrió la cancelación de varios de sus shows teatrales, en diversas ciudades del país.

Sus discursos sexistas fueron rechazados por otros discursos de resistencia de aquellos grupos o colectivos y representantes institucionales, que re-accionaron, ya sea mediante escraches, manifestaciones de repudio, denuncias.

Sin lugar a dudas, el repudio social significó en estos casos un medio de compensación natural por el daño al honor colectivo irrogado (Urrutia, 2017).

Además de la reacción de la sociedad, diferentes actores sociales se expi-

dieron mediante declaraciones de repudio por las expresiones machistas pronunciadas.

Así, el Senado de la Nación aprobó por unanimidad una declaración de repudio a las expresiones de Cordera, cuyo proyecto (S-2942/16) fue impulsado por la Senadora Marina Riofrío, y que reza:

“El Senado de la Nación DECLARA su más enérgico repudio y rechazo a las expresiones discriminatorias respecto de las mujeres, realizadas el pasado 8 de agosto por el músico Gustavo Cordera en el marco de una charla con alumnos de periodismo en la escuela TEAarte. Asimismo, enfatiza que este tipo de manifestaciones constituyen conductas discriminatorias de acuerdo a la Ley N° 23.592 de Penalización de Actos Discriminatorios y expresiones de violencia contra las mujeres en los términos de la Ley N° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres”.

Entre sus fundamentos se señala que los comentarios de Cordera son discriminatorios y agresivos respecto de las mujeres, que constituyen toda una afrenta a los derechos humanos de las mujeres, a la vez de ser plausible su encuadre como apología del delito.

Además, agrega que dichas expresiones son un claro ejemplo de lo que se conoce como “discurso de odio de género” en el sentido que expresa toda una serie de comentarios misóginos, sexistas y discriminatorios, a la vez que justifica una de las mayores expresiones de la violencia de género: la violación, constituyendo una afrenta para miles de mujeres que diariamente son víctima de la violencia machista y ven vulnerados sus derechos humanos. La diseminación del discurso de odio de género está directamente relacionada con la incitación a la violencia contra las mujeres.

Por su parte, el Instituto Nacional contra la Discriminación, en el marco de la Ley 23.592 (Antidiscriminatoria), consideró que las declaraciones de Cordera eran discriminatorias, y, en el caso, se veían agravadas por tratarse de la expresión de un personaje público, lo que opera como modelo social con valores negativos con repercusión en amplios sectores de la población.

En cuanto a la reacción social por los dichos de Ángel “Baby” Etcheocopar relacionados con el crimen de Micaela García, podemos decir que no sólo generó que se postearan numerosos descargos y comentarios en las redes sociales sino, además, la suspensión de sus shows en diferentes ciudades del país.

En este caso particular, el periodista tiene una postura política marcadamente crítica contra una agrupación partidaria, lo que ha generado una movida de resistencia más notoria de dicho sector político. No obstante ello, y dada la transcendencia de los derechos conculcados, el repudio político ha sido unánime como v.gr. en la ciudad de Rosario, donde quiso presentar su show.

En ese contexto, el 8 de junio de 2017, el Concejo Municipal de Rosario,

por unanimidad, votó una declaración de repudio contra los dichos del conductor radial, la cual expresa que:

“...repudia y rechaza las expresiones de Ángel “Baby” Etchecopar, en cuanto las mismas constituyen sistemáticamente discursos mediáticos discriminatorios, misóginos y violentos, contrarios a los derechos humanos, especialmente hacia las mujeres y la diversidad de género”. “Este cuerpo repudia expresamente sus dichos y acciones que incitan, justifican y reproducen en el plano simbólico y discursivo la violencia de género en su máxima expresión. De igual modo incurre en graves violaciones a la ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres...”

## Los nuevos discursos de “disculpas” y ¿arrepentimiento?

Ambos casos fueron judicializados, además de la intervención de los organismos estatales mencionados; por lo que cerraron sus causas penales con la figura de la suspensión del juicio a prueba, conocida como *probation*.

Es por ello, que en esa tensión de poderes se generaron nuevos discursos de “disculpas”, forzados por la situación jurídica dentro del proceso penal; pero nos preguntamos: ¿serán verdaderos discursos de arrepentimiento?

Entendemos que a través de sus conductas posteriores y sus discursos sucedáneos, podremos saber si son verdaderos discursos de arrepentimiento y concientización sobre la problemática de las violencias hacia las mujeres, o meros formalismos de cumplimiento con la legalidad.

Para ello, es interesante analizar, en ambos casos, los discursos que se fueron sucediendo a partir de sus expresiones originarias.

Del análisis discursivo de las palabras proferidas (análisis textual) como de su contexto (análisis contextual) se evidencia la expresión de odio sexista de sus emisores, siendo “resistida” por otros discursos de “repudio” de colectivos sociales y organismos públicos defensores de los derechos de la mujer, como asimismo de toda la sociedad, lo que evidencia que se trata de un discurso intolerable, no amparado por la libertad de expresión. Estos discursos reactivos fueron de dos clases: 1) el repudio social emitido a través de comunicados, declaraciones, posteos en las redes, escraches, etc.; y 2) las denuncias ante los órganos judiciales, que generaron nuevos discursos por parte de los “odiadores”, pidiendo “disculpas”.

Estos discursos de “arrepentimiento” y de “disculpas” muestran una de-construcción desde la palabra y lo gestual de los discursos de odio proferidos. No obstante, advertimos una diferencia en lo conductual de ambos comunicadores. En el caso de Cordera no ha vuelto a emitir ningún discurso de odio sexista hasta la fecha. En cambio, Etchecopar ha producido otros discursos cuestionados; en especial, por su connotación política al decir de la actual vicepresidenta argentina que es el “cáncer” del país.

## El otro debate: el constitucional

Estos discursos sexistas vulneran el principio de igualdad y no discriminación puesto que denigran, humillan, afectan la dignidad de las mujeres, perpetúan los estereotipos de desigualdad y subordinación, además, de provocar la incitación a la violencia contra las mujeres.

Si bien el derecho a la libertad de expresión goza de protección constitucional, el mismo no es absoluto y, por tanto, cuando entre en colisión con el derecho a la igualdad y el respeto por la dignidad humana, deberá realizarse un juicio de ponderación a los fines de resolver el caso concreto. Así, cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro (Alexy, 2010).

Coincidimos con Arroyo Navarrete (2017) en cuanto a que la libertad de expresión es fundamental para asegurar las democracias, sin que por ello deba ser entendida como irrestricta o ilimitada. El ejercicio de dicha libertad individual puede llegar a violentar derechos fundamentales y humanos como, por ejemplo, el de vivir una vida libre de violencia, la igualdad y la no discriminación.

Así pues, un discurso ofensivo con deliberado ánimo de menospreciar o discriminar no está protegido por la libertad de expresión. El discurso de odio constituye uno de los límites de la libertad de expresión (Burgos García, s/f).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha justificado en diversas sentencias, una de las más mediáticas, es la de “Le Pen vs. Francia” (2010) que, el discurso del odio está incluido en aquellos preceptos legítimos que justifican la intervención del Estado en la limitación de la libertad de expresión, que pierde la protección cuando, aquello que se pretende comunicar es un discurso de odio, de racismo, de apología del crimen (Burgos García, s/f)

En el ámbito interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 13, inc. 2) dispone expresamente que el derecho a la libertad de expresión no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás (art. 13, inc. 2, a); y, además, que estará prohibida toda apología del odio que constituya incitaciones a la violencia (inc. 5).

En materia de “*protección de los derechos de los demás*” como objetivo que justifica limitar la libertad de expresión, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han explicado que el ejercicio de los derechos humanos debe hacerse con respeto por los demás derechos; y que en el proceso de armonización, el Estado juega un rol crítico mediante el establecimiento de las responsabilidades ulteriores necesarias para lograr tal balance (Kimel vs. Argentina, 2008).

En breves líneas podemos sintetizar que existe un marco jurídico constitucional y convencional que ampara los derechos humanos a la dignidad de la persona, la igualdad y no discriminación como asimismo a la libertad de

expresión. Sin embargo, este derecho no es absoluto ni irrestricto; por lo que en caso de conflicto de derechos fundamentales deberá resolverse cada caso concreto conforme a los criterios de armonización y a los estántares internacionales fijados en la materia.

Así pues, cuando el discurso ofensivo busque menospreciar, discriminar o incitar a la violencia hacia una persona o grupo de personas, el mismo no estará protegido por el orden constitucional. Como ya lo expresáramos, uno de los límites de la libertad de expresión es el discurso de odio.

## Conclusiones

A modo conclusivo podemos decir que los discursos analizados:

a) expresan odio biopolítico contra las mujeres, como colectivo vulnerable destinado a ser matable-invisibilizado (*homo sacer*);

b) como estos discursos han sido expresados por comunicadores sociales en ámbitos públicos (instituciones educativas – comunicacionales) son discursos político-sociales, que se han puesto en tensión mediante la “resistencia” de colectivos sociales y organismos político-estatales (vgr. colectivos de mujeres; Consejo Nacional de la Mujer; Instituto Nacional contra la Discriminación; Defensoría del Público);

c) además, estas tensiones de poder no sólo se dieron en el campo mediático, político y social, sino también en el campo jurídico, ya que ambos casos fueron judicializados, y generaron nuevos discursos de “arrepentimiento”, de “disculpas”, que exteriorizan una de-construcción de aquellos discursos originarios de odio, dejando un nuevo interrogante, ¿habrá un discurso oculto (el no-discurso) de odio biopolítico?;

d) asimismo, estos discursos contextualizados nos interpelan a continuar en la investigación de nuevas expresiones discursivas de estos comunicadores a través del tiempo para conocer si los mecanismos y herramientas político-sociales y jurídicas han sido eficaces en la de-construcción de esas conductas patriarcales o, por el contrario, si se repiten a través de nuevos discursos de odio sexista o misóginos; y

e) por último, en caso de conflicto de derechos fundamentales, deberá realizarse un juicio de ponderación a los fines de resolver el caso concreto, teniendo presente que uno de los límites de la libertad de expresión es el discurso de odio.

## Referencias

AGAMBEN, Giorgio. **Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo**, Trad. Antonio Gimeno Cuspinera, España, Valencia, Ed. Pre-Textos, 2000.

\_\_\_\_\_. **Estado de excepción**, Trad. Flavia Costa e Ivana Costa, Argentina, Buenos Aires, Ed. Adriana Higaldo, 2005.

ALEXU, Robert. **La construcción de los Derechos Fundamentales**, Argentina,

Buenos Aires, Ed. AD-HOC, 2010.

ALVÁREZ RODRÍGUEZ, Ignacio. El discurso del odio sexista (en construcción), en **Revista Jurídica de Castilla y León N° 48**, ISSN:2254-3805, 2019.

ARROYO NAVARRETE, Larissa. Violencia contra las mujeres y libertad de expresión: tensiones jurídicas, en **Cuadernos Inter.c.a.mbio sobre Centroamérica y el Caribe**, Vol. 14, N° 2. ISSN: 1659-4940, Costa Rica, pág. 31-43, 2017.

BURGOS GARCÍA, Olga. **Los límites a la libertad de expresión: el discurso del odio en internet**. Disponible on line: [https://www.academia.edu/40288735/LOS\\_LIMITES\\_A\\_LA\\_LIBERTAD\\_DE\\_EXPRESI%C3%93N\\_EL\\_DISCURSO\\_DEL\\_ODIO\\_EN\\_INTERNET](https://www.academia.edu/40288735/LOS_LIMITES_A_LA_LIBERTAD_DE_EXPRESI%C3%93N_EL_DISCURSO_DEL_ODIO_EN_INTERNET)

Combating Sexist Hate Speech, Council of Europe, Gender equality Strategy (s/f). Disponible on line: [www.coe.int/equality/gender/equality@coe.int](http://www.coe.int/equality/gender/equality@coe.int)

Cordera Gustavo, el audio de los polémicos dichos, Telefe Noticias (2016). Disponible on line: <https://www.youtube.com/watch?v=KA7dw2r90Y> También puede verse: <https://www.youtube.com/watch?v=Z7O9Q8KWsqM>

Cordera Gustavo, video de retractación rechazado por la Justicia (2020). Disponible on line: <https://www.infobae.com/teleshows/infoshow/2020/08/27/gustavo-cordera-grabo-un-video-de-disculpas-y-logro-la-suspension-del-juicio-en-su-contra-por-incitacion-a-la-violencia/>

Cordera Gustavo, video de retractación aceptado por la Justicia (2020). Disponible on line: <https://www.elciudadanoweb.com/gustavo-cordera-grabo-un-video-de-disculpas-y-logro-la-suspension-del-juicio-en-su-contra/>

Cordera Gustavo s/ suspensión del juicio a prueba, Tribunal Oral Criminal Federal N° 7, Buenos Aires, 20 de agosto de 2020, Id SAIJ: FA20260271. Disponible on line: <file:///D:/6%20de%20octubre%202014/Downloads/cordera-suspension-juicio-a-prueba.pdf>

Declaración de repudio del Concejo Municipal de Rosario, sesión el 8 de junio (2017). Disponible on line: <http://datos.concejorosario.gov.ar/dataset/4f13e8bc-02d9-4eaa-8ebd-5f95eb2831c4/resource/87bf38ce-bba8-4580-8504-817f6759f89e/download/2017-06-08-s-ordinaria-12-reunion-12-periodo-1-vt.pdf>

Defensoría del Público, Novedades en la tramitación de reclamos por violencia mediática y discriminación en radio (2017). Disponible on line: <https://defensadelpublico.gob.ar/novedades-en-la-tramitacion-de-reclamos-por-violencia-mediatica-y-discriminacion-en-un-programa-de-radio/>

Defensoría del Público, Reconocimiento del Ministerio Público Fiscal a la tarea de la Defensoría (2019). Disponible on line: <https://defensadelpublico.gob.ar/el-organismo-recibio-el-reconocimiento-del-ministerio-publico-fiscal/>

Defensoría del Público, Baby Etchecopar fue otra vez denunciado ante el organismo (2020). Disponible on line: <https://defensadelpublico.gob.ar/baby-etchecopar-fue-otra-vez-denunciado-ante-el-organismo/>

FOUCAULT, Michel. **Defender la sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)**, 1° ed., 2° reimpresión, Argentina, Buenos Aires, Ed. Fondo de Cultura

Económica, 2001.

Kimel vs Argentina (2008). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible on line: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_177\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf)

Le Pen J-M. vs Francia (2010). Corte Europea de Derechos Humanos. Disponible on line: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:\[%22867478%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-98489%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:[%22867478%22],[%22itemid%22:[%22001-98489%22]})

MACKINNON, Catharine. **Feminismo inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho**, Trad. Teresa Beatriz Arijón, Argentina, Buenos Aires, Ed. Siglo XXI, 2014.

Nota periodística “Denunciaron a ‘Baby’ Etchecopar por justificar la violencia machista”, Telam Espectáculos, 16-04-2017. Disponible on line: <http://www.telam.com.ar/notas/201704/185870-denuncia-baby-etchecopar-violencia-machista.html>

Proyecto (S-2942/2016) de declaración de repudio contra las expresiones discriminatorias respecto de las mujeres realizadas por el músico Gustavo Cordera el 8 de agosto de 2016, presentado por la Senadora Ríofrío y otras. Disponible on line: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/parlamentaria/exp>

Recomendación General N° 15 sobre Líneas de Actuación para combatir el discurso del odio (2015). Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI). Disponible on line:

<https://www.mscbs.gob.es/ssi/familiasInfancia/PoblacionGitana/docs/Re5ECRI-traducida-ES.pdf>

SAGOT, Monserrat. **Biopolítica, Necropolítica en América Latina**, Conferencia brindada en el VIII Seminario Internacional de Direitos Humanos e Democracia, UNIJuí, Brasil, transmisión en vivo por el Canal de Youtube del Programa de Pós-Graduação em Direito, UNIJuí. Disponible on line: <https://www.youtube.com/watch?v=hf8LcwETGX8>, 2020.

TIBURI, Márcia. **Diadorim: biopolítica e gênero na metafísica do Sertão**, Estudos Feministas, Florianópolis, V. 21, N° 1. Disponible on line: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2013000100010/24646>, 2013.

TORRES, Natalia y TARICCO, Víctor. **Los discursos de odio como amenaza a los derechos humanos**, Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE), Universidad de Palermo, Argentina, Buenos Aires, 2019.

UNESCO. **Combatiendo el Discurso de Odio en Línea**. UNESCO. Disponible on line: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000233231>, 2015.

URRUTIA, Liliana A. B. ¿Discursos del odio, misoginia o libertad de expresión?, en **Revista En Letra**, año IV, N° 8, 2017. Disponible on line: <https://revistaenletra.files.wordpress.com/2020/08/2017.08-en-letra-8-3-urrutia.pdf>

WERMUTH, Maiquel y NIELSSON, Joice. O lar como campo: uma leitura biopolítica da vida nua feminina nos lares brasileiros, en **Revista de la Comisión de los Derechos de la Mujer**, Urrutia, Liliana (Dir.), Colegio de Abogados de Rosario, Argentina, Rosario, 2017.



# A GUERRA COMO BIOPOLÍTICA PÚBLICA

**Júlia Santos Silva**

Graduanda em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Espírito Santo. Integrante do Grupo de Pesquisa Homo Sacer, sobre Biopolítica e Direitos Humanos

**Paulo Velten**

Professor Doutor na Universidade Federal do Espírito Santo. Orientador do Grupo de Pesquisa Homo Sacer, sobre Biopolítica e Direitos Humanos

## **Resumo:**

No Brasil, ainda que não se esteja tecnicamente em guerra, o Estado adota políticas públicas similares aos países em guerra. A máquina de guerra estatal é utilizada com objetivos Biopolíticos, isto é, executa sistemas de controle da população, esse evento é demonstrável quando se afere o aumento dos investimentos bélicos nas últimas décadas no Brasil e no mundo. O objetivo do trabalho é identificar a simbiose entre a política estatal e a indústria bélica e de segurança. Sindicará as contas públicas do Ministério da Justiça e Segurança Pública e do Ministério da Defesa com o objetivo de delimitar o tamanho da dita máquina estatal de guerra e analisará seus principais fornecedores, a qualidade dos gastos e o efeito destas políticas na sociedade brasileira e o principal grupo atingido por elas. Usará como método a revisão bibliográfica e a análise de dados quantitativos através dos portais de transparência contábil.

**Palavras-chave:** Guerra; Biopolítica; Sindicar; Ministério da Justiça e Ministério da Defesa.

## **Introdução**

A Biopolítica, na perspectiva de Michel Foucault, refere-se a um conjunto de técnicas de poder que incide sobre o corpo coletivo de determinada população para torná-la mais vigorosa e produtiva, atuando de maneira a regulá-lo, ou seja, estuda exercício do poder político, a partir de uma perspectiva bio, isto é, do domínio sobre o corpo. O objetivo desse processo é uma regulamentação (BERTOLINI, 2019).

Uma famosa frase utilizada por Foucault é (2010, p. 207): “[...] O Estado exerce o poder de deixar viver e fazer morrer”, explicita que o biopoder controla a população em diversos âmbitos. Todavia, classificar entre os que de-

vem viver e os que devem morrer, não se dá de maneira acidental, está ligado a aspectos como raça e classe (MBEMBE. 2016). “Nesse caso, a soberania é a capacidade de definir quem importa e quem não importa, quem é ‘descartável’ e quem não é.” (MBEMBE. 2016. p.135).

Pois bem, esse poder Biopolítico tem uma profunda simbiose com o fenômeno “Guerra”. A guerra é um fenômeno que sempre esteve presente na história da sociedade, Agostinho (354-430 d.C.) afirmava que além de santa, a guerra poderia ser também, justa, destinada a converter os pagãos. Por sua vez, Immanuel Kant, famoso iluminista, (1724-1804), apesar de combater os dogmas religiosos impostos pela guerra Santa de Agostinho, continuava entendendo a guerra como indispensável.

Já Carl von Clausewitz (1780-1831), referia-se à política, como continuação da guerra, só que, por outros meios, ou seja, o exercício da política seria o meio pelo qual o “[...] Estado poderia impor seus valores aos derrotados” (CLAUSEWITZ.1979. p.73), com o objetivo de proporcionar a paz duradoura e uma alternativa contra o espírito humano, até então considerado naturalmente beligerante.

Desse modo, a guerra deixou de ser um acontecimento isolado para transformar-se numa relação social contínua e permanente, pode-se dizer, um fenômeno constante e sistêmico. A partir do fim do século XX, ganhou dimensão universal e suas consequências e influências passaram a ser globais.

Contemporaneamente, no Brasil não é diferente, ainda que o Estado brasileiro não esteja técnica e declaradamente em guerra, suas ações são paudadas a partir de uma política de guerra. Essa é a hipótese que se demonstrará a seguir.

## **Os investimentos brasileiros em políticas de guerra em detrimento da saúde e educação em pleno ano pandêmico**

Conforme os estudos produzidos pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública<sup>1</sup> demonstram o aumento em mais de 30% em 10 anos dos gastos com segurança pública nos Estados da Federação. Ou ainda, conforme notícia recente<sup>2</sup> que ressalta a priorização de verbas para o setor de Defesa no orçamento de 2021, mesmo em um ano cuja atenções deveriam ser dadas ao combate à pandemia do COVID-19, um aumento de 16,16 por % está em gestação em relação a 2020.

1 VELASCO, Clara. REIS, Thiago. Apesar da crise e queda de receita, gastos de estados com segurança pública crescem 30% em 10 anos. **G1**. 13 de mai. de 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/05/13/apesar-de-crise-e-queda-de-receita-gastos-de-estados-com-seguranca-publica-crescem-30percent-em-10-anos.ghtml>> Acesso em: 20 de out de 2020.

2 LÍS, Laís. MARTELLO, Alexandro. Orçamento de 2021: Veja quais áreas devem perder recursos, e quais terão mais verbas no próximo ano. **G1**, Brasília, 31 de ago de 2020. Disponível em:<<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/08/31/orcamento-2021-veja-quais-areas-devem-perder-recursos-e-quais-terao-mais-verba-no-proximo-ano.ghtml>> Acesso em: 15 de set. de 2020.

Em sentido contrário, as verbas destinadas para a Educação, que atravessa sérias dificuldades em função da pandemia, apontam uma queda de 8,61% nos investimentos, quando compara-se o orçamento 2020/2021, saindo de R\$ 21,837 bilhões (vinte e um bilhões e oitocentos e trinta e sete milhões) em 2020 para R\$ 19,955 bilhões (dezenove bilhões e novecentos e cinquenta e cinco milhões) em 2021.

Da mesma forma, as verbas direcionadas para a Saúde apontam para uma queda de 12,13% de investimentos no mesmo período, declinando de R\$ 18,606 bilhões (dezoito bilhões e seiscentos e seis milhões) em 2020, para R\$ 16,348 bilhões (dezesseis bilhões e trezentos e quarenta e oito milhões) em 2021. O que torna evidente o foco do governo no setor da Defesa, em detrimento das demais áreas.

Como referido, o Estado Brasileiro parece preparar-se para uma guerra, pois na América do Sul, é o país que mais investe na área militar, com investimentos em 2017 na casa de US \$ 29,4 bilhões com despesas bélicas em geral, seguido pela Colômbia que investiu US \$ 10 bilhões, de acordo com o *The Military Balance*<sup>3</sup>.

O órgão responsável pelos investimentos relativos à Guerra é o Ministério da Defesa (MD), segundo o Portal da Transparência Federal<sup>4</sup>, o Ministério da Defesa executou do orçamento federal no ano de 2017 cerca de R\$ 85, 49 bilhões (oitenta e cinco bilhões e quarenta e nove milhões), equivalente a 3,67% dos gastos públicos no respectivo ano. Em 2018 executou o valor de R\$ 88, 20 bilhões (oitenta e oito bilhões e vinte milhões), valor equivalente a de 3, 60% dos gastos públicos no respectivo ano.

Já no ano de 2019, o MD executou do orçamento federal, o valor de R\$ 96, 95 bilhões de reais (noventa e cinco bilhões e noventa e seis milhões), o que equivale a 3,86% dos gastos públicos do ano. Por fim, em 2020 (até 06 de outubro) consta que foi executado do orçamento o valor de R\$ 69, 88 bilhões de reais (sessenta e nove bilhões e oitenta e oito milhões de reais), equivalente a 2,48% dos gastos públicos.

Mas a guerra para a qual o Estado brasileiro prepara-se não é contra um inimigo externo, esta política guerreira volta-se para os próprios brasileiros, afinal, conforme demonstra o estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Socioeconômica Aplicada em 2013, nas últimas três décadas, 1,1 milhão de pessoas foram assassinadas no Brasil<sup>5</sup>, tal fenômeno representa uma perda anual de bem-estar social equivalente a 2,36% do produto interno bruto (PIB), ou

3 THE MILITARY Balance: The annual assessment of worldwide military capabilities and defence economics. 118. ed. [S. l.: s. n.], 2018.

4 Ministério da Defesa. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://www.portal-transparencia.gov.br/orgaos-superiores/52000?ano=2017>> Acesso em: 06 de out. de 2020.

5 BOUERI, Rogério. COSTA, Marcos. Mapa das armas de fogo nas microrregiões brasileiras. **Instituto de Pesquisa Socioeconômica Aplicada**. 20 de mai. de 2017. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/artigo/30/mapa-das-armas-de-fogo-nas-microrregioes-brasileiras-cap.-30>> Acesso em: 15 de set. de 2020.

cerca de R\$ 100 bilhões por ano (CERQUEIRA. MELLO. 2012).

Como evidenciam Gorski e Cordeiro “[...] a sociedade e o Estado brasileiro consideram um determinado grupo social como inimigo ou descartável [...]” (2018. p.89). E essa parcela mais atingida de brasileiros são os jovens, mais especificamente “[...] os jovens de 14 a 29 anos, pobres, negros e moradores das periferias das grandes e médias cidades brasileiras.” (GORSKI. CORDEIRO. 2018. p.89).

Esse grupo mesmo não sendo os principais causadores da violência urbana, são as principais vítimas do extermínio e do encarceramento em massa, devido a falha na garantia dos direitos dessa parcela social (GORSKI. CORDEIRO). Como demonstra o Anuário Brasileiro de Segurança Pública<sup>6</sup>, 74,4% das vítimas de violência letal e 66,7% das pessoas privadas de liberdade no país são negras.

Isto é “A distribuição da morte como exercício organizado do poder de Estado [...]” (OLIVEIRA. RIBEIRO. 2018. p.36), evidenciando o biopoder incidindo sobre esse conjunto social. Na realidade “[...] convivemos com um conflito altamente bélico, letal, que criminaliza pessoas, condutas, territórios, corrompe agentes do Estado e entidades privadas e produz um verdadeiro massacre contra a população brasileira todos os dias.” (OLIVEIRA. RIBEIRO. 2018. p.41).

O Brasil vem despencando no ranking de Paz do mundo, amargando o 116º lugar entre 163 nações, segundo apontou o Índice Global da Paz (IGP) de 2019<sup>7</sup>. Registrando a quinta maior queda entre o ano passado e este ano, entre os países analisados, ficando atrás de países como Gana, Laos, Sérvia, Albânia, Tanzânia, Serra Leoa, Bósnia, Ruanda, Tunísia, Cuba, Haiti e Uganda e na América do Sul, está à frente somente de Colômbia e Venezuela, evidenciando o estado beligerante em que o país se encontra.

Mas não é só no orçamento que é possível verificar esse processo de priorização de políticas guerreiras, na administração da segurança pública, o processo afrouxamento no controle de armas é facilmente detectável, aliás foi esse uma das bandeiras da campanha presidencial que elegeu Jair Bolsonaro. Nas palavras do mesmo em um discurso realizado em 2017, na capital Belém “Vamos flexibilizar muito o porte de armas no Brasil. Comigo não vai existir o politicamente correto. Vocês terão armas de fogo.”<sup>8</sup>.

6 Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. Disponível em: < <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf> > Acesso em: 28 de nov de 2020.

7 Brasil cai dez posições em ranking mundial da paz. **Made for Minds**. 12 de jun. de 2019. Disponível em:<[https://www.dw.com/pt-br/brasil-cai-dez-posi%C3%A7%C3%B5es-em-ranking-mundial-da-paz/a-49165548#:~:text=O%20Brasil%20caiu%20dez%20posi%C3%A7%C3%B5es,12%2F06\)%20em%20Londres.](https://www.dw.com/pt-br/brasil-cai-dez-posi%C3%A7%C3%B5es-em-ranking-mundial-da-paz/a-49165548#:~:text=O%20Brasil%20caiu%20dez%20posi%C3%A7%C3%B5es,12%2F06)%20em%20Londres.) > Acesso em: 03 de out. de 2020.

8 Bolsonaro defende comércio de pistola 50 para evitar condenação de policiais. **Estadão**. Disponível em: < <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,bolsonaro-defende-comercio-de-pistola-50-para-evitar-condenacao-de-policiais,70002035196> > Acesso em: 29 de out de 2020.

Outrossim “O discurso altamente violento e belicista do presidente eleito, Jair Bolsonaro [...] alimenta o cenário de incremento do aparato de guerra.” (OLIVEIRA. RIBEIRO. 2018. p.41). Desde então verifica-se a desidratação do sistema de controle e rastreamento bélico. Jair Bolsonaro passou a flexibilizar políticas de contenção e rastreamento de armas e munições, foram editados ao menos 7 decretos apenas em 2019 nesse sentido<sup>9</sup>.

## **Consequências para a Sociedade dos investimentos em políticas de guerra e a gestão das Políticas de Guerra no âmbito interno do País**

As consequências já são sentidas no cotidiano, o Atlas da Violência no ano de 2017, registrava que, 71,9% dos homicídios eram produzidas com armas de fogo<sup>10</sup>, no ano de 2018, 71,1%,<sup>11</sup> em 2019, 72,4%,<sup>12</sup> e em 2020 (até 04 de outubro), consta 71,1%, ou seja, por estes índices verifica-se o Estado de Guerra.

A gestão destes fenômenos sociais que revelam a extrema violência interna no país é da responsabilidade do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) que, de acordo com o Portal da Transparência federal<sup>13</sup>, executou no ano de 2017, o valor de R\$ 12,84 bilhões (doze bilhões e oitenta e quatro milhões). Em 2018, executou o valor de R\$ 12,20 bilhões de reais (doze bilhões e vinte milhões), equivalente a 0,50% dos gastos públicos.

No ano de 2019, o MJSP executou R\$ 12,92 bilhões (doze bilhões e noventa e dois milhões) equivalente a 0,51% dos gastos públicos do respectivo ano. Por último, no ano de 2020 (até a data 06 de outubro de 2020) foram executados R\$ 10,35 bilhões de reais (dez bilhões e trinta e cinco milhões), o que equivale a 0,37% dos gastos públicos deste ano.

Assim quando se comparam os gastos executados pelos dois Ministérios, verifica-se que Ministério da Defesa recebe e executa um valor demasiadamente maior que o da Justiça e Segurança Pública.

Praticamente, é somente através do Portal da Transparência Federal<sup>14</sup>

9 MUNDIM, Izabelle. Ações na justiça e projetos no congresso buscam barrar projeto armamentista de Bolsonaro. **Instituto Sou da Paz**. 23 de junho de 2020. Disponível em: <<http://soudapaz.org/noticias/acoes-na-justica-e-projetos-no-congresso-buscam-barrar-projeto-armamentista-de-bolsonaro/>> Acesso em: 03 de out. de 2020.

10 Atlas da Violência 2017. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. Disponível em <[http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/06/FBSP\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2017\\_infografico.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/06/FBSP_atlas_da_violencia_2017_infografico.pdf)> Acesso em: 15 de set. de 2020.

11 Atlas da Violência 2018. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. Disponível em: <[http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/06/FBSP\\_atlas\\_violencia\\_2108\\_Infografico.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/06/FBSP_atlas_violencia_2108_Infografico.pdf)> Acesso em: 15 de set. de 2020.

12 Atlas da Violência 2019. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. Disponível em: <[http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Atlas\\_2019\\_infografico\\_FINAL.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Atlas_2019_infografico_FINAL.pdf)> Acesso em: 15 de set. de 2020.

13 Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/orgaos-superiores/30000?ano=2017>> Acesso em: 06 de out. de 2020

14 Ministério da Defesa. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/orgaos-superiores/52000?ano=2017>>. Acesso em: 06 de out.

que se consegue dados, entretanto ele é atualizado cada vez mais deficitariamente. Mesmo assim, foi possível identificar os principais fornecedores gerais do Ministério da Defesa das compras realizadas em contratos não sigilosos.

Em 2017, a Cardeal Gestão Empresarial e Serviços LTDA, forneceu R\$ 2.593.850.612,66 (dois bilhões, quinhentos e noventa e três milhões, oitocentos e cinquenta mil, seiscentos e doze reais e sessenta e seis centavos). Já no ano de 2018, foi a empresa Helicopteros do Brasil com um valor de R\$ 455.958.888,03 (quatrocentos e cinquenta e cinco milhões, novecentos e cinquenta e oito mil, oitocentos e oitenta e oito reais e três centavos).

Não só isso, de acordo com o Portal, em 2019 o principal fornecedor do MD, foi a Petrobras com o valor de R\$ 473.232.840,75 (quatrocentos e setenta e três milhões, duzentos e trinta e dois mil, oitocentos e quarenta reais e setenta e cinco centavos). Em 2020 (até a data 06 de outubro de 2020), foi a Freedom Solução em Serviços LTDA, com o valor de R\$ 472.746.000,48 (quatrocentos e setenta e dois milhões, setecentos e quarenta e seis mil e quarenta e oito centavos).

Ainda de acordo com o Portal<sup>15</sup>, os três principais fornecedores gerais das compras realizadas por meio de contratos não sigilosos do Ministério da Justiça e Segurança Pública de 2017 a 2020 (até 20 de outubro) foram às empresas: em 2017 foi a Sitran Sinalização de Trânsito Industrial LTDA com o valor de R\$ 248.008.631,53 (duzentos e quarenta e oito milhões, oito mil, seiscentos e trinta e um reais e cinquenta e três centavos). Em 2018, foi a empresa HPE Automotores do Brasil LTDA com o valor contratado de R\$ 68.898.300,00 milhões (sessenta e oito milhões, oitocentos e noventa e oito mil e trezentos reais).

Em 2019, o principal fornecedor do MJSP, foi Leonardo- Societa Per Azioni com o valor de R\$ 119.169.960,00 (cento e dezenove milhões, cento e sessenta e nove mil e novecentos e sessenta reais). E por fim, em 2020, até a data referida, foi a Plus Hospitalar EIRELI com o valor de R\$ 61.648.478, 20 (sessenta e um milhões, seiscentos e quarenta oito mil, quatrocentos e setenta e oito reais e vinte centavos).

Diante disso, a hipótese a ser avaliada no trabalho é qual a influência destas políticas públicas executadas tanto pelo Ministério da Defesa quanto pelo Ministério da Justiça na sociedade brasileira, e ainda, como essas políticas impactam nos compromissos assumidos pelo Estado Brasileiro com a comunidade internacional no que diz respeito aos Tratados relativos aos Direitos Humanos.

---

de 2020.

15 Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/orgaos-superiores/30000?ano=2017>> Acesso em: 06 de out de 2020.

## A ineficiência dos gastos do do Ministério da Justiça no que diz respeito às verbas do Fundo Penitenciário Nacional e as violações de Direitos Humanos que configura

O principal *déficit* que tem sido apontado pelos organismos internacionais de proteção aos Direitos Humanos como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, é justamente as políticas públicas que combatem a violência no Brasil. Tanto que a Corte já condenou o Estado Brasileiro em vários processos que se referem a política penitenciária, onde analisou as grandes e graves violações de direitos humanos nos presídios de Urso Branco em Rondônia, Pedrinhas no Maranhão, dos Sistemas Socioeducativos dos Estados do Espírito Santo e Rio de Janeiro, dentre outras condenações.

Ademais “A superlotação dos presídios tem sido apontada como uma das principais causas de violação de diversos direitos humanos consagrados em vários instrumentos internacionais, muitos deles dos quais o Brasil é parte [...]” (PEREIRA. 2017. p.169), evidenciando a violação desses tratados.

A competência para administrar o Sistema Carcerário é do Ministério da Justiça que, através do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), tem a incumbência de administrar o Fundo Penitenciário Nacional (Funpen). Ocorre que, haviam enormes dificuldades burocráticas para se ter acesso aos recursos desse fundo. Isto fez com que os recursos do fundo permanecessem represados por muitos anos.

Além disso, constatou-se que, de 12 Estados da Federação, apesar de preverem a construção de 55 empreendimentos, somente havia a expectativa de conclusão de apenas 5 no ano de 2018. E ainda que, das doze unidades fiscalizadas que receberam, em dezembro de 2016, R\$ 383 milhões (trezentos e oitenta e três milhões) para criação de vagas em penitenciárias, apenas 7,2% desse orçamento foi executado até setembro de 2018, de acordo com o Tribunal de Contas da União (TCU)<sup>16</sup>.

O despreparo do Departamento Penitenciário Nacional para gerir os valores que estão sob sua custódia faz com que o Fundo Penitenciário seja penalizado, cronogramas das obras em atrasos, escassez de planejamento do setor, deficiências administrativas dos Estados, demora na análise de processos, entre outros motivos, influenciaram no déficit de projetos e obras que foram executados.

Ocorre que, com a Declaração do Estado de coisas inconstitucional para o sistema carcerário brasileiro, proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na ADPF 347, a Corte deliberou pelo acesso compulsório de tais verbas retidas no fundo penitenciário. Essa decisão permitiu, segundo o Portal

---

16 Repasses do Fundo Penitenciário Nacional são utilizados de forma ineficiente pelo sistema prisional. **Tribunal de Contas da União**, São Gonçalo, cinco de julho de 2019. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/repasses-do-fundo-penitenciario-sao-utilizados-de-forma-ineficiente-pelo-sistema-prisional.htm>>. Acesso em: 5 de out de 2020.

da Transparência federal<sup>17</sup> que em 2017 fossem liberados do Fundo Penitenciário Nacional para o Estados Federados R\$ 769,59 milhões (setecentos e sessenta e nove milhões e cinquenta e nove mil).

Em 2018, apesar de previstos R\$ 570,22 milhões (quinhentos e setenta milhões e vinte e dois mil) de despesas, foram executados apenas R\$ 189,66 milhões (cento e oitenta e nove milhões e sessenta e seis mil), também abaixo do esperado.

Em 2019, primeiro ano do governo de Jair Bolsonaro, o Portal da Transparência nacional informa que não há orçamento previsto no Fundo Penitenciário Nacional, apesar de terem sido executados R\$ 223,56 milhões (duzentos e vinte e três milhões e cinquenta e seis mil), relativos ao orçamento do ano anterior.

Quanto a 2020 (até o dia 07 de março), foram utilizados R\$ 6,84 milhões (seis milhões e oitenta e quatro mil) de um orçamento já estabelecido de R\$ 350,48 milhões (trezentos e cinquenta milhões e quarenta e oito mil). Este descompasso entre os repasses e o que foi efetivamente gasto foi constatado por auditoria do Tribunal de Contas da União<sup>18</sup>.

Apesar destas imensas quantidades de dinheiro liberadas, conforme Pereira (2018. p.40) a população carcerária continua violentada em seus direitos humanos, principalmente em função da superlotação. Esse fator é constatável através da comparação entre a quantidade de pessoas privadas de liberdade e a quantidade de vagas disponíveis no sistema prisional, entre os anos de 2017 a 2019<sup>19</sup>.

Conclui-se que, os gastos mesmo que enormes, são ineficientes, na medida em que não melhoram ou resolvem o fato de o sistema carcerário brasileiro ainda parecer medieval. Tais constatações demonstram que as mazelas do terceiro maior sistema carcerário do mundo não são problema derivado da falta de recursos, mas falta de interesse das autoridades em acessar ao Funpen ou incapacidade de gerir as verbas.

O que explicita que “[...] nossos estabelecimentos penais se consolidaram como verdadeiras universidades do crime. Grande parte das pessoas que passam pelos presídios do país [...] retornam para a sociedade cometendo crime mais grave do que aquele pelo qual foram condenados.” (BORGES. DELGADO. p.3).

17 Fundo Penitenciário Nacional. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/orgaos/30907?ano=2017>> Acesso em: 06 de out. de 2020.

18 Repasses do Fundo Penitenciário são utilizados de forma ineficiente pelo sistema prisional. **Tribunal de Contas da União**, São Gonçalo, 5 de jul de 2019. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/repasses-do-fundo-penitenciario-sao-utilizados-de-forma-ineficiente-pelo-sistema-prisional.htm>>. Acesso em: 5 de out de 2020.

19 Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, Dezembro de 2019. **Departamento Penitenciário Nacional**. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiTlZlZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFlMDktNzRlNmFkNT-M0MwI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiO-GRhNmJmZThlMSJ9>> Acesso em: 5 de out de 2020.



Por fim, percebe-se que tais situações impactam diretamente os direitos humanos das pessoas em situação de restrição de liberdade, dada às condições insatisfatórias dos sistemas prisionais brasileiros, “[...] as pessoas presas no Brasil não são destituídas apenas do seu direito à liberdade, mas também têm violadas a sua dignidade e uma série de outros direitos [...]” (PEREIRA. 2017. p.170).

Tal decadência “[...] reflete a incapacidade dos governos em assumir o gerenciamento das unidades prisionais como ambientes de reeducação e recuperação social. Ao contrário, são espaços da desumanização dos indivíduos forçados a conviver com as condições insalubres” (BORGES. DELGADO. p.3).

Para finalizar, percebe-se que o sistema penal brasileiro não tem logrado êxito em sua função e finalidade, que esse não é um problema apenas sistêmico e metodológico, mas também de capacidade de gestão. Na medida em que, conforme demonstra o texto, se o que é planejado não é executado conforme o previsto, revela a ineficiência do gasto público, ou também a incapacidade dos agentes de cumprirem suas funções.

A consequência é sempre a mesma, ainda maiores violações de direitos da sociedade brasileira, que merece obter do poder público, adequada prestação de políticas públicas e resguardo de seus direitos.

## Referências

BARROS, Ana. JORDÃO, Maria. **A cidadania e o Sistema Penitenciário Brasileiro**. Unieducar. 2002.

BERTOLINI, Jeferson. **O conceito de Biopolítica em Foucault**: Apontamentos bibliográficos. Revista Missioneira. 2019.

BORGES, Daniela. DELGADO, Rosicler. **A Realidade do Sistema Prisional Brasileiro**.

CERQUEIRA, Daniel. MELLO, João. **Menos Armas Menos Crimes**. Instituto Brasileiro de Pesquisa Socioeconômica. 2012.

CLAUSEWITZ, Carl Von. **Da Guerra**. São Paulo: Martins Fontes, 1979.

DEZHBAKHS, H.; RUBIN, P. **Lives saved or lives lost? The effects of concealed-handgun**. British Journal of Criminology, v. 31, p. 186-188, 1991.

FILHO, Edmar et al. Indústria Bélica Brasileira e suas polêmicas exportações. **Interdisciplinary Scientific Journal**, 2017.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GORSKI, LAÍS. CORDEIRO, Jair. Encarceramento e extermínio de parte da juventude brasileira como política de controle da criminalidade e do medo. **Revista de Movimentos Sociais e Conflitos**. 2018.

LESTER, D. Crime as opportunity: a test of the hypothesis with European

homicide rates. laws on crime. **American Economic Review**, May 1998.

MACHADO, Ana et al. Penitenciário Brasileiro- Origem, Atualidade e Exemplos Funcionais. **Revista do Curso de Direito da Universidade Metodista de São Paulo**. 2013.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. **Revista do Programa de Pós Graduação em Artes Visuais da Universidade Federal do Rio de Janeiro**. 2016.

PEREIRA, Luciano. **A violação de Direitos Humanos fundamentais no Sistema Carcerário brasileiro e o estado de coisas institucional (ECI)**. Juris Pesquisa UniToledo. 2018.

PEREIRA, Luciano. **O Estado de Coisas Institucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro**. Centro Universitário Toledo. 2017.

OLIVEIRA, Nathália. RIBEIRO, Eduardo. O massacre negro brasileiro na guerra às drogas. **Revista Internacional de Direitos Humanos**. 2018.

The Military Balance: **The annual assessment of worldwide military capabilities and defence economics**. 118. ed. [S. l.: s. n.], 2018.

Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. 2020.

# COVID-19 NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: O USO NECROPOLÍTICO DE UMA PANDEMIA VIRAL E A AMPLIAÇÃO DA ELIMINAÇÃO DE VIDAS EM SITUAÇÃO DE CÁRCERE

**Cleber Freitas do Prado**

Filiação institucional: Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Estado Rio Grande do Sul. Brasil. Qualificação: Doutorado em Direitos Humanos em curso na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Brasil. Mestre em Direito Público conferido pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Brasil. Membro do Grupo de Pesquisa CAPES/BRASIL: Biopolítica e Direitos Humanos, refletindo sobre as vidas nuas na contemporaneidade, vinculado à Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Professor de Graduação em Direito e Processo Penal. Advogado criminalista com atuação em Direitos Humanos no Brasil

## **Resumo:**

O estudo avalia a eficácia das medidas estatais do Brasil para prevenir a contaminação e a mortalidade de presos por COVID-19. A investigação utiliza o método fenomenológico, com abordagem qualitativa, complementado pelo levantamento de dados estatísticos sobre contaminação e morte de presos brasileiros e italianos. Para contextualizar os resultados obtidos confrontou-se os sistemas prisionais da Itália e do Brasil. Assim, o problema de pesquisa é o seguinte: em que medida a pandemia de COVID-19 incrementa, no âmbito do sistema prisional brasileiro, as políticas de morte já em curso há longa data no país? Os resultados confirmaram a hipótese de que o Brasil amplia as contaminações e mortes de presos pela COVID-19. Em 10 dias, o número de presos brasileiros confirmados com a doença ampliou-se para 461 casos; enquanto, o cárcere italiano aumentou em 65 novos casos. Conclui-se que o Brasil faz uso necropolítico da pandemia de COVID-19, pela eliminação passiva de vidas que não importam.

**Palavras-chave:** Prisão; COVID-19; Biopolítica; Tanatopolítica; Necropolítica.

## **Introdução**

Tão logo se iniciou o ano de 2020 o mundo foi tomado por uma pandemia. Estima-se que já no mês de fevereiro ocorreu a chegada, ao Brasil, da

primeira pessoa infectada pelo vírus SARs-Cov-2 denominado de novo coronavírus, causador da doença denominada COVID-19. Conforme informações constantes na página virtual do Ministério da Saúde, do governo federal brasileiro, a COVID-19 apresenta um quadro clínico que varia de infecções assintomáticas a quadros respiratórios graves<sup>1</sup>. No mencionado portal, há também, menção sobre indicadores da Organização Mundial da Saúde (OMS), com a informação de que a maioria dos pacientes portadores de COVID-19 (cerca de 80%) podem ser assintomáticos e cerca de 20% dos casos podem necessitar de atendimento hospitalar por apresentarem dificuldade respiratória, sendo que, desses casos, aproximadamente 5% podem demandar a necessidade de suporte ventilatório para o tratamento de insuficiência respiratória aguda. O vírus pode ser transmitido por meio da absorção de gotículas de tosse ou espirro de uma pessoa infectada, ou pelo contato com superfícies virais<sup>2</sup>.

Salienta-se, nessa seara, a importância do grau de atenção eficaz de Estados ao seu respectivo sistema prisional. E, no Brasil, isso se agrava em razão da histórica aglomeração de detentos no interior das penitenciárias, situação que facilita a propagação do mencionado vírus, dentre outros muitos fatores que maximizam o risco de contágio como, por exemplo, a precariedade estrutural e sanitária das instituições prisionais brasileiras.

Sob essa ótica, o presente estudo está imbuído na busca pela compreensão mais aproximada possível do comportamento do Estado brasileiro em relação às (in)ações governamentais de preservação da saúde de pessoas em situação de cárcere, eis que a proteção da integridade física, biológica e psicológica das pessoas sob custódia do Estado (população carcerária) são obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, bem como das disposições constitucionais. Sobre o tema, o art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal brasileira, cláusula pétrea relativa ao direito dos presos, determina o respeito estatal à integridade física e moral dos apenados, do que se depreende o direito humano fundamental à preservação da saúde e da vida do custodiado no cárcere.

Para tanto, essa investigação utiliza o método fenomenológico, mediante abordagem qualitativa, tendo adotado a técnica de pesquisa exploratória por meio de coleta bibliográfica, cujo complemento ocorre pelo levantamento e análise de dados estatísticos relacionados à contaminação e a morte de presos brasileiros em decorrência da COVID-19. Para aferir a dimensão dos dados avaliados na coleta utilizou-se comparativo estatístico entre os planos de ação do Brasil e da Itália, bem como a quantidade de presos contaminados e mortos por COVID-19 em ambos os sistemas prisionais avaliados no período de 10 dias (14/05/2020 a 24/05/2020). Para tanto, ao se avaliar determinadas posturas governamentais, no âmbito nacional, tem-se constatado a necessida-

1 Informações disponíveis em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>. Acesso em: 25 jun. 2020.

2 Informações disponíveis em: <https://www.unifc.edu.br/covid-19-entenda-como-o-novo-coronavirus-age-dentro-do-organismo/>. Acesso em: 25 jun. 2020.

de de estabelecer a compreensão para inquietantes hipóteses de possível solução ao seguinte problema perquirido: em que medida a pandemia de Covid-19 incrementa, no âmbito do sistema prisional brasileiro, as políticas de morte já em curso há longa data no país?

Na busca de resposta ao mencionado problema de pesquisa, são invocadas as teorias de Michel Foucault – acerca da biopolítica – e de Giorgio Agamben e Achille Mbembe – acerca do estado de exceção, da tanatopolítica e da necropolítica –, as quais têm implicações diretas nessa perspectiva de análise, uma vez que podem contribuir para a possível confirmação da hipótese de pesquisa, consistente na verificação de eventual ampliação estatal de políticas de morte, voltadas para a aniquilação passiva de vidas nuas em situação de cárcere no Brasil, considerando a grande facilidade de transmissão viral em massa nesses espaços estatais de tensão e intensa aglomeração, bem como pela determinante e proposital precariedade do contexto prisional brasileiro, marcado pela extrema e cruel indiferença e repúdio com vidas humanas consideradas sem importância.

### **Análise da política de medidas estatais de prevenção ao coronavírus no âmbito do sistema prisional: uma averiguação das realidades entre Brasil e Itália**

O presente estudo coletou informações publicadas na página virtual do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão executivo que acompanha e controla a aplicação da Lei de Execução Penal e as diretrizes da Política Penitenciária Nacional, emanadas, principalmente, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP)<sup>3</sup>. Conforme as informações disponibilizadas pelo DEPEN na data de 09 de abril de 2020, a primeira medida tomada pelo Estado brasileiro foi a suspensão de visitas sociais aos presos, bem como a suspensão de atendimentos de advogados junto ao sistema prisional, limitando as entrevistas com advogado somente em situações de emergência, mediante requisição judicial (DEPEN, 2020a).

Além dessas, outras medidas foram determinadas pelo Estado brasileiro, mediante edição da Portaria nº 135/2020, do Ministério da Justiça, tais como: separação imediata de presos que ingressam via prisão em flagrante ou transferência de casa prisional; criação de áreas específicas para isolamento de presos com sintomas de gripe; isolamento de presos maiores de 60 anos ou com doenças crônicas; suspensão temporária de audiências; suspensão ou redução das atividades educacionais, de trabalho, de assistência religiosa; promoção de campanhas educacionais sobre os meios de prevenção da doença; aumento do tempo diário do procedimento de banho de sol, caso haja possibilidade; suspensão de saídas temporárias, mas sendo impossível esta, triagem dos presos por equipe de saúde habilitada no retorno (DEPEN, 2020b). Nesse ce-

---

3 Informações disponíveis em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen>. Acesso em: 25 jun. 2020.

nário, importa transcrever as principais medidas estatais, com a pretensão de destacar a realidade do cenário estatal no Brasil, acerca das ações tomadas na prevenção do avanço letal do novo coronavírus sobre a população carcerária:

Nos estados, com apoio da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), o Depen realiza videoconferências com representantes de todos os estados brasileiros desde o início de março. O objetivo é repassar orientações a respeito da prevenção e dos cuidados sobre o coronavírus no sistema prisional e apresentar as próximas ações do projeto, que consistem na entrega dos materiais da campanha de comunicação [...]. Foi reforçado que as unidades prisionais devem seguir os protocolos publicados pelo Ministério da Saúde sobre o coronavírus. Para qualificar a divulgação de informações e orientações, o Depen instituiu Grupo de Trabalho visando auxiliar os gestores estaduais. **Outro ponto discutido foi acerca dos materiais da campanha educativa do projeto Prisões Livres de Tuberculose, como canetas, canecas, murais informativos e cartilhas sobre tuberculose e HIV/Aids, que serão entregues em todas as unidades prisionais do país.** [grifo nosso]. (DEPEN, 2020d).

Escancara-se, com isso, que o Estado brasileiro está centrando suas ações, dentre os presos do sistema, em campanhas de esclarecimento acerca do comportamento da doença de COVID-19, e como evitar o contato com o vírus, mediante distribuição de materiais educativos, desconsiderando, completamente, que praticamente a maioria esmagadora das penitenciárias brasileiras sequer possui sanitários ou lavatórios que viabilizem a adoção das mínimas medidas de higiene recomendadas em tempos de pandemia. A realidade do sistema é marcada por celas reduzidas e superlotadas, sujas, mal ventiladas, configurando, portanto, espaço propício à proliferação de doenças.

Nessa seara, é possível referir outro movimento estatal, consistente na Recomendação n.º 62, emitida em 17 de março de 2020, pelo Conselho Nacional de Justiça,<sup>4</sup> lastreando-se no fundamento de que a manutenção da saúde das pessoas privadas de liberdade é essencial à garantia da saúde coletiva e, em razão disso, orienta e recomenda que seja feita a reavaliação das prisões provisórias e a análise da liberação antecipada de pessoas que integram o grupo de risco — como idosas, gestantes, portadores de doenças crônicas ou outras comorbidades preexistentes. No entanto, essas medidas consistem em mera recomendação aos Tribunais Superiores do Brasil, sem efeito prático acerca da efetividade de sua vinculação judicial.

No que diz respeito à Itália, é importante consignar que o governo italiano agiu rápido em relação ao seu sistema prisional, tendo adotado sérias e contundentes medidas, tendo sido, inclusive, consignadas na página virtual do próprio DEPEN, que tratou de criar um painel mundial com os dados de

4 Recomendação n.º 62, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Acessado no endereço eletrônico <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62>. Acessado em abril/2020.

óbitos e contaminações dentro do sistema prisional de cada país, bem como com as medidas estatais de prevenção tomadas em relação ao cárcere. Importante esclarecer que o presente estudo selecionou a Itália para estabelecer comparação com o Brasil, devido ao fato de a COVID-19 ter chegado antes naquele país, bem como pelo fato de a Itália encontrar-se em meio a uma crise econômica, a exemplo do momento atual do Brasil, ressalvadas as devidas proporções a respeito de eventuais diferenças nesse critério de similitude das populações carcerárias em estudo.

Desse modo, é possível resumir as medidas estatais que o governo italiano pôs em prática, mediante enumeração a seguir exposta: distribuição de kits de proteção para higiene pessoal entre o pessoal das prisões; estabelecimento de tendas de pré-triagem nas penitenciárias; testes sorológicos rápidos para todos os detidos, bem como para todo o pessoal da prisão e da polícia administrativa que trabalha nas instituições prisionais; aquisição de telefones para os presos se comunicarem com familiares; uso do serviço de lavanderia da prisão sem custo para os detentos; possibilidade de os reclusos do sistema prisional receberem transferências bancárias online; aumento do limite de despesas para todos os presos; e, ampliação do número de presos em monitoração eletrônica (DEPEN, 2020e).

Em âmbito italiano, o artigo. 123 do Decreto-Lei nº 18 de 17 de março de 2020<sup>5</sup>, conhecido como Decreto “Cura Itália”, para lidar com a emer-

5 Dispõe o referido artigo, em sua íntegra: “1. In deroga al disposto dei commi 1, 2 e 4 dell’articolo 1 della legge 26 novembre 2010, n. 199, dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 30 giugno 2020, la pena detentiva e’ eseguita, su istanza, presso l’abitazione del condannato o in altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza, ove non sia superiore a diciotto mesi, anche se costituente parte residua di maggior pena, salvo che riguardi: a) soggetti condannati per taluno dei delitti indicati dall’articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni e dagli articoli 572 e 612-bis del codice penale; b) delinquenti abituali, professionali o per tendenza, ai sensi degli articoli 102, 105 e 108 del codice penale; c) detenuti che sono sottoposti al regime di sorveglianza particolare, ai sensi dell’articolo 14-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, salvo che sia stato accolto il reclamo previsto dall’articolo 14-ter della medesima legge; d) detenuti che nell’ultimo anno siano stati sanzionati per le infrazioni disciplinari di cui all’articolo 77, comma 1, numeri 18, 19, 20 e 21 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230; e) detenuti nei cui confronti sia redatto rapporto disciplinare ai sensi dell’articolo 81, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230, in quanto coinvolti nei disordini e nelle sommosse a far data dal 7 marzo 2020; f) detenuti privi di un domicilio effettivo e idoneo anche in funzione delle esigenze di tutela delle persone offese dal reato. 2. Il magistrato di sorveglianza adotta il provvedimento che dispone l’esecuzione della pena presso il domicilio, salvo che ravvisi gravi motivi ostativi alla concessione della misura. 3. Salvo si tratti di condannati minorenni o di condannati la cui pena da eseguire non e’ a superiore a sei mesi e’ applicata la procedura di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici resi disponibili per i singoli istituti penitenziari. 4. La procedura di controllo, alla cui applicazione il condannato deve prestare il consenso, viene disattivata quando la pena residua da espiare scende sotto la soglia di sei mesi. 5. Con provvedimento del capo del dipartimento dell’amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia, d’intesa con il capo della Polizia-Direttore Generale della Pubblica Sicurezza, adottato entro il termine di dieci giorni dall’entrata in vigore del presente decreto e periodicamente aggiornato e’ individuato il numero dei mezzi elettronici e degli altri strumenti tecnici da rendere disponibili, nei limiti delle risorse

gência de Coronavírus do ponto de vista do sistema penitenciário, introduziu uma série de derrogações, válidas de 17 de março de 2020 a 30 de junho de 2020, para disciplinar a detenção domiciliar nos termos da Lei nº 199, de 26 de novembro de 2010. Este tipo particular de detenção domiciliar permite o cumprimento da pena de prisão não superior a 18 meses, ainda que residual de maior pena, em casa. O procedimento de solicitação do benefício é extremamente acelerado (pode ser concedido no prazo de cinco dias a contar da solicitação) e é de competência do magistrado de supervisão e não do tribunal. O § 2º do art. 123 concede ao magistrado supervisor a possibilidade de negar o benefício se “ele encontrar razões sérias que impedem a concessão da medida”. (ITÁLIA, 2020).

### **Do estado de pânico ao estado de exceção no sistema prisional: medidas estatais inócuas de saúde prisional na pandemia do novo coronavírus e o incremento da tanatopolítica/necropolítica**

Em entrevista concedida pelo então Ministro brasileiro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, publicada pela imprensa do próprio órgão ministerial, em 01 de abril de 2020, sobre eventuais medidas que o Estado brasileiro propunha para evitar a transmissão em massa, pelo novo coronavírus, entre as pessoas da população carcerária, afirmou-se que:

Uma série de medidas profiláticas vem sendo tomadas pelo Governo Federal e estaduais para reduzir esse risco, entre elas a suspensão das

---

finanziarie disponibili a legislazione vigente, che possono essere utilizzati per l'esecuzione della pena con le modalità stabilite dal presente articolo, tenuto conto anche delle emergenze sanitarie rappresentate dalle autorità competenti. L'esecuzione del provvedimento nei confronti dei condannati con pena residua da eseguire superiore ai sei mesi avviene progressivamente a partire dai detenuti che devono scontare la pena residua inferiore. 6. Ai fini dell'applicazione delle pene detentive di cui al comma 1, la direzione dell'istituto penitenziario può omettere la relazione prevista dall'art. 1, comma 4, legge 26 novembre 2010, n. 199. La direzione è in ogni caso tenuta ad attestare che la pena da eseguire non sia superiore a diciotto mesi, anche se costituente parte residua di maggior pena, che non sussistono le preclusioni di cui al comma 1 e che il condannato abbia fornito l'espresso consenso alla attivazione delle procedure di controllo, nonché a trasmettere il verbale di accertamento dell'idoneità del domicilio, redatto in via prioritaria dalla polizia penitenziaria o, se il condannato è sottoposto ad un programma di recupero o intende sottoporsi ad esso, la documentazione di cui all'articolo 94, comma 1, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni. 7. Per il condannato minorenne nei cui confronti è disposta l'esecuzione della pena detentiva con le modalità di cui al comma 1, l'ufficio servizio sociale minorenni territorialmente competente in relazione al luogo di domicilio, in raccordo con l'equipe educativa dell'istituto, provvederà, entro trenta giorni dalla ricevuta comunicazione dell'avvenuta esecuzione della misura in esame, alla redazione di un programma educativo secondo le modalità indicate dall'articolo 3 del decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 121, da sottoporre al magistrato di sorveglianza per l'approvazione. 8. Restano ferme le ulteriori disposizioni dell'articolo 1 della legge 26 novembre 2010, n. 199, ove compatibili. 9. Dall'attuazione del presente articolo non derivano nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Le amministrazioni interessate provvedono alle attività previste mediante utilizzo delle risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente.” (ITÁLIA, 2020).



visitas, a restrição das saídas temporárias, cuidados com os agentes penitenciários. O que se vê no mundo, é que o risco de contaminação da população carcerária é diminuto em comparação com a população em geral (BRASIL, 2020).

Nessa esteira, é propício considerar que a distribuição de riscos também é ocasionada pelo próprio Estado, dependendo da tarefa (de ordem pública) que lhe incumbe realizar, e, dependendo, sobretudo, da postura (ideológica) de omissão refletida pelas (in)ações levadas a efeito em relação à preservação dos direitos humanos (mínimos) em tempos de crise social e/ou sanitária. Consequência dessa realidade palpante, sentida pelos mais débeis, conforme Pérez Cepeda (2007, p. 51), está no considerável aumento do número de países que adotam uma forte postura de politização do Direito Penal. Nessa ótica, a opinião pública quer ver resultados rápidos, e a isso os políticos reagem debilitando as garantias relativas à segurança jurídica, mediante a introdução de medidas legislativas simbólicas. Segundo a sobredita autora (2007, p. 51-52), essa é a tendência seguida no campo da criminalidade clássica, eis que aparece um sistema penal reelaborado para a ocasião, que se trata de uma espécie de microsistema paralelo, devidamente dirigido ao alcance da efetividade de inocuização de presos a qualquer preço.

E o trato estatal em relação aos moldes de medidas governamentais que vão sendo tomadas, em meio à pandemia, conforme o público a (não) ser atendido pelas possíveis medidas, vai fomentando um processo de inocuização em grau máximo dos indivíduos que se encontram presos em penitenciárias brasileiras, considerando que parcela majoritária da população carcerária, no Brasil, está circunscrita a pequenas áreas de celas, em situação de grande aglomeração em locais inóspitos pela ausência de recursos sanitários mínimos, expostos ao contato diário com agentes insalubres e perigosos, considerando o alto nível de depredação da estrutura prisional brasileira, o que agrava ainda mais a disseminação do novo coronavírus, que pode resultar em morte(s).

E aqui se tem a identificação da presença de um poder simbólico estratificado na crença de que o preso brasileiro merece ser contaminado com vírus mortais, por exemplo, considerando que ele deve ser eliminado do convívio em coletividade, tida como socialmente saudável, justa e igualitária. Segundo Pierre Bourdieu (1989, p. 12), esse poder simbólico “consiste em um poder quase mágico, que possibilita obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica)”, graças ao efeito específico de mobilização (ideológica), vindo a permanecer em situação de velamento, ignorando-se assim como postura eivada de violência, simbolizada na crença repetida e ressonante de geração em geração. Isso está a indicar que o poder simbólico não está nos sistemas simbólicos como uma força ilusória, mas que se caracteriza numa relação determinada entre os que exercem o poder (o Estado) e os que lhe estão sujeitos, reproduzindo a crença social, por exemplo, de que o preso deve estar morto, eis que: *bandido bom é bandido morto*.

A consequência desse fenômeno reside na dissimulação (transfiguração) desse arquétipo coletivo, possibilitando que presos morram amotinados em masmorras sem que isso configure uma violência atroz, ou, ainda, que essa violência é precisamente necessária à manutenção das relações de força estabelecidas nesse cenário (Estado-sistema prisional-presos). E, é essa conversão de valores, resultante na violência por meio de um poder simbólico, que induz os efeitos reais sem o dispêndio aparente de energia, apto a promover a manutenção de um *habitus* estratificado na coletividade brasileira, que ignora ou permanece indiferente à essa decomposição estatal de indivíduos desumanizados na exceção do intramuros da instituição. (BOURDIE, 1989, p. 15).

Verifica-se com isso, que a política de gestão do sistema prisional brasileiro está ancorada (e isso não é uma realidade exclusiva do período atual de pandemia) na segregação, na exclusão, e na consequente inocuização dos presos. Esse fenômeno, no entanto, está pautado pelo confisco estatal do (elemento) biológico da vida humana em coletividade. Segundo Foucault (2018, p. 201), essa segregação ocorre, precisamente, como elemento fundante de uma nova concepção de poder – biopoder –, que se manifesta mediante progressivo processo de estatização do biológico. Para a clássica teoria da soberania, era comum o direito de vida e de morte ser um atributo do Estado-soberano. Mas, segundo Foucault (2018, p. 201-202), “o que é ter direito de vida e de morte?”

Essa inquirição está pautada no fato de que o soberano dispõe do direito de vida e de morte sobre seus súditos, representando que ele pode fazer morrer e deixar viver, de modo que essa vida e essa (possível) morte deixam de ser fenômenos meramente naturais, para adentrarem no campo político de intromissão e modulação (direta e/ou indireta) pelo Estado-soberano (FOUCAULT, 2018). O resultado disso, para Foucault, reside na utilização (ainda que passiva) de mecanismos de biopoder, consistente na condição técnica e política de o homem “não só organizar a vida, mas de fazer a vida proliferar, de fabricar algo vivo, de fabricar algo monstruoso, de fabricar – no limite – vírus incontrolláveis e universalmente destruidores”. (FOUCAULT, 2018, p. 202-213).

Nessa seara, Agamben (2017, p. 235) é categórico ao concluir que o poder estatal é definido pela vida nua, e não pela vontade política, considerando que essa vida é conservada ou mantida, justamente porque, “está subordinada ao direito de vida e de morte do soberano (ou da lei)”. Nesse contexto fragmentado e atemporal de instituição estatal, o estado de exceção, que era essencialmente uma suspensão temporal e transitória do ordenamento, adquire uma ordem espacial de perpetuação que, sob tal condição, fica constantemente fora do ordenamento regular (AGAMBEN, 2015).

Assim, os denominados campos representam um espaço de exceção, mediante suspensão indeterminada das regras jurídicas, tudo que ocorre de impossível no seu interior passa a ser, realmente, admitido e possível. Com efeito, os habitantes do campo são indivíduos desvalidos em meio a uma so-

cidade excludente, estando reduzidos integralmente à vida nua, de modo que essa exclusão se maximiza no interior do campo prisional, eis que este pode ser caracterizado como o mais absoluto espaço biopolítico que já existiu, no qual o poder não tem diante de si senão a pura vida biológica, destituído de qualquer mediação ou anteparo que o limite acerca do (ab)uso que se pretenda dar a essa vida nua (AGAMBEN, 2015).

E, é justamente aqui, que mais uma barreira que separa o ser humano da (pre)potência do Estado cai por terra, e com ela o cidadão fica ainda mais despido do estatuto jurídico de proteção normativa, já que, confinado a um fragmento de território estatal, isso passa a ser concebível como possível. Aí, sob tais circunstâncias do campo, tem-se o sujeito convertido em indivíduo, totalmente fragilizado, vulnerável, integralmente submetido ao fetiche estatal de expropriação lenta e cruel da sua vida (desumanizada), mediante a prática de sucessivos processos violentos, acerca de sua desintegração física e moral, iniciando o percurso do caminho que o conduzirá ao desfecho necropolítico de sua existência material. Nesse ponto, importa compreender que o estado de exceção, sobre o qual o soberano tem o arbítrio da escolha, consiste exatamente na representação da vida nua, que está conectada aos muitos patamares de formas de vida social, de modo que um possível resultado desse estado de exceção consiste na manifesta revogação da vida nua, enquanto fundamento final do poder político. Sobre o tema, Agamben (2017, p. 235) arremata: “o sujeito derradeiro, que se trata de excluir e, ao mesmo tempo, incluir na cidade, é sempre a vida nua”.

E assim, a exceção vai se modulando ao cotidiano de violência institucional que se inicia com a cultura de aceitação passiva de legitimidade dessa mesma exceção (eivada de violência), enquanto regra. Sobre o estado de exceção, Agamben (2004, p. 12) refere que as medidas excepcionais se localizam no paradoxo de medidas jurídicas, que não podem ser absorvidas no plano do direito. Isso porque um estado de exceção se mostra como “a forma legal daquilo que não pode ter forma legal”, de modo a incluir a vida nua dentro de sua própria exclusão no cenário de um adensamento desse mecanismo de exaurimento de vidas nuas, mediante a formação do denominado paradigma de campo, conforme referência de Agamben. Sob essa concepção de Estado, no qual uns têm direito à vida, e outros têm o dever de morte, flutua o que Agamben (2004, p. 13) denomina estado de exceção permanente, dentro do que se concebe o próprio totalitarismo moderno, como sendo o sentido “de uma guerra civil que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político”.

Nesse cenário, Achille Mbembe (2018) designa que o modo biopoder do Estado, por ocasião da utilização de mecanismos de poder em situação de campo (como o uso biopolítico da pandemia do novo coronavírus no sistema prisional) promove uma ressignificação da condição de possibilidade concreta dos elementos: sacrifício e terror. É nesse sentido, que Mbembe reforça que

se vivencia uma necropolítica (política da morte), na medida em que o Estado faz uso de ideologias pautadas pelo necropoder, de modo a inaugurar novos “mundos de morte”, ao transgredir o acesso estatal para além das fronteiras do corpo do indivíduo (desvalido), em vida nua, mediante admissão implícita da possibilidade de morte em massa de presos por omissão estatal em adotar medidas materialmente eficazes de prevenção ao novo coronavírus, no interior das instituições do sistema prisional brasileiro.

Sobre esse aspecto, Ariadna Estévez (2020) estabelece raciocínio no sentido de que aqueles que ameaçam a sobrevivência da maioria se deixam morrer, ao serem omitidos como objetos de política pública e outras tecnologias, como ocorre, por exemplo, com a negação de serviços de saúde emergencial a imigrantes sem documentos. Para Estévez (2020), o terceiro mundo apresenta dispositivos biopolíticos muito mais radicais, quando comparados a países europeus, por exemplo. Sob esse raciocínio, é possível concluir que a biopolítica de países da América Latina, como Brasil e México, por exemplo, possui tonalidades mais densas de necropolítica. Segundo a autora, fazendo referência à teoria necropolítica de Mbembe, visualiza-se a proliferação de entidades necroempreendedoras, aliada ao acesso generalizado a tecnologias sofisticadas de destruição, cujas consequências são o resultado das políticas socioeconômicas neoliberais. Nesse cenário, é possível conceber os campos prisionais enquanto aparelhos díspares, constituindo-se em uma tecnologia típica de necropoder, passível de ser executada em qualquer lugar e a qualquer momento.

## **Análise de dados estatísticos de óbitos decorrentes da covid-19 no interior dos sistemas prisionais brasileiro e italiano**

Para tanto, a pesquisa em tela utilizou dois momentos de verificação de dados durante a pandemia de coronavírus, que ainda se encontra em curso. O primeiro momento de coleta ocorreu em 14 de maio de 2020; o segundo momento se deu em 24 de maio de 2020. O consequente intervalo de 10 dias justifica-se em razão da necessidade de observação do comportamento do vírus no interior do sistema prisional brasileiro e italiano, respectivamente, de modo a aferir, pelo mencionado decurso mínimo de tempo, o grau de eficácia das medidas já referidas no item 3 desse estudo, que cada um dos Estados se ocupou em realizar no âmbito do seu respectivo sistema prisional.

Os dados estatísticos foram obtidos junto à página virtual do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Esses dados constantes no endereço eletrônico da mencionada instituição pública são atualizados diariamente, posto que as informações são repassadas pelas unidades prisionais componentes, tanto dos sistemas prisionais estaduais, quanto do sistema prisional federal. Observa-se os dados dispostos na Tabela abaixo (Fonte: DEPEN, 2020f):

<b>Data da consulta</b>	14/05/2020	14/05/2020	24/05/2020	24/05/2020
-------------------------	------------	------------	------------	------------

País	Brasil	Itália	Brasil	Itália
Óbitos por COVID-19	26	3	34	3
Casos suspeitos	310	260	856	260
Casos confirmados	653	94	1.114	159
Testes realizados (total)	2.575	Testagem geral	4.156	Testagem geral
População prisional até dez/2019	745.746	60.971	745.746	60.971

Observa-se, ainda, para fins de atualização dos dados referidos acima, que em 08/10/2020, o Brasil contava com 118 óbitos de presos por COVID-19, tendo 28.952 casos confirmados no interior do sistema prisional nacional; já a Itália, em 08/10/2020, contava com os mesmos 03 óbitos de presos por COVID-19, e confirmou 287 novos presos contaminados pela mesma doença viral. (DEPEN, 2020g).

### Considerações finais

A partir das análises aqui empreendidas, evidencia-se que o Estado brasileiro tem se utilizado de algumas medidas públicas preventivas de inibição ao contágio do novo coronavírus em muitas localidades e regiões do país. No entanto, diante do cenário instalado pela pandemia, verifica-se que as medidas tomadas pelo governo brasileiro, na tentativa (simulada ou forjada) de conter a contaminação da população prisional, têm se mostrado inúteis ou ineficazes, de pouca, ou quase nenhuma utilidade prática no sentido de evitar a infecção dos presos integrantes do sistema prisional brasileiro.

E essa intenção biopolítica de inocuidade passiva, pela eventual e aleatória contaminação, e, possível morte de indivíduos presos nas penitenciárias brasileiras, deixa de ser apenas desejável, e passa a ser factível, no instante em que surge um mecanismo de poder que está à disposição do soberano, e este, passa a fazer (ab)uso oportuno no modo biopoder, tendente a eliminar vidas (não desejáveis), colocando o dispositivo de poder em cores mais radicais de biopolítica, considerando o necropoder colocado em pauta por ocasião da pandemia viral em questão. Essa simples inércia do poder público, que deixa de adotar medidas de saúde eficaz e preventiva, tais como: testagem obrigatória de todos os presos do sistema prisional (o Brasil tem potencial econômico para promover essa medida), isolamento eficiente de presos com sintomas gripais iniciais, montagem de hospitais de campanha no interior de todas as unidades prisionais do país, dentre outras medidas eficazes que deveriam ter sido tomadas pelo Estado brasileiro, apenas para citar algumas.

Sobre isso, no instante em que o Estado toma medidas inócuas ou sem qualquer efeito prático de prevenção ao contágio viral no âmbito prisional, a exceção se transmuta em regra duradoura, e a pandemia passa a ser estratégia de poder bio(necro)político de eliminação de vidas nuas no campo prisional.

Tem-se, assim, a ocorrência de mais um episódio do estado de exceção, pautado pela ausência de medidas eficazes de saúde pública preventiva no sistema prisional, em razão de ali existirem pessoas indignas dos cuidados do Estado, eis que descartáveis. Ainda que o Estado brasileiro reconheça, através da sua Suprema Corte, o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional, essa declaração permanece em uma insólita e esqualida apatia, sem qualquer vinculação ou efeito prático que impacte mudança no modo indigno de ser do Estado em relação ao tratamento concedido às vidas (nuas) em situação de cárcere, sob sua custódia.

## Referências

AGAMBEN, Giorgio. **O uso dos corpos**. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2017.

AGAMBEN, Giorgio. **Meios sem fim: notas sobre a política**. Tradução de Davi Pessoa Carneiro. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. Ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

BORDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. **Sergio Moro detalha ações durante a pandemia da Covid-19**, 01 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/04/sergio-moro-detalha-acoes-durante-a-pandemia-do-covid-19>. Acesso em: 25 jun. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação n.º 62, emitida em 17/03/2020**. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62>. Acessado em abril/2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Portal institucional**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen>, 2020a. Acesso em: 25 jun. 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Portaria do Ministro nº 135/2020**. Estabelece padrões mínimos de conduta a serem adotados em âmbito prisional visando a prevenção da disseminação do COVID-19. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/Portaria1352020.pdf>, 2020b. Acesso em: 25 jun. 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Prevenção ao COVID-19 no Sistema Prisional - Informações Complementares**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/prevencao-ao-covid-19-no-sistema-prisional-informacoes-complementares>, 2020d. Acesso em: 25 jun. 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Covid-19 – Painel Mundial**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/Covid19PainelMundial08MAIO20.pdf>, 2020e. Acesso em: 25 jun. 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **COVID-19 - Painel de Monitoramento dos Sistemas Prisionais**. Disponível em: <http://depen.gov>.

br/DEPEN/covid-19-painel-de-monitoramento-dos-sistemas-prisionais, 2020f. Acesso em: 25 jun. 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. COVID-19 - **Painel de Monitoramento dos Sistemas Prisionais**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/covid-19-painel-de-monitoramento-dos-sistemas-prisionais>, 2020g. Acesso em: 08 out. 2020.

ESTÉVEZ, Ariadna. **Biopolítica y Necropolítica: constitutivos u opuestos?** Artículo publicado en el Centro de investigaciones para América del Norte. (CISAN). UNAM. Universidad Autónoma de México. México, 2020.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Maria Ermantina Galvão. 2ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

ITÁLIA. Camera dei deputati. **Decreto-legge n. 18/2020 (cd. Cura Italia)**. Disponível em: <https://temi.camera.it/leg18/provvedimento/decreto-legge-18-2000-cd-cura-italia.html>. Acesso em: 25 jun. 2020.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. Tradução de Renata Santini. São Paulo: N-1 edições, 2018.

PÉREZ CEPEDA, Ana Izabel. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno**. Madrid: Iustel, 2007.

Apoio Cultural:



[www.edbrasilica.com.br](http://www.edbrasilica.com.br)  
[contato@edbrasilica.com.br](mailto:contato@edbrasilica.com.br)



[www.edicoesbrasil.com.br](http://www.edicoesbrasil.com.br)  
[contato@edicoesbrasil.com.br](mailto:contato@edicoesbrasil.com.br)



**EDITORA FIBRA**  
[www.editorafibra.com.br](http://www.editorafibra.com.br)  
[contato@editorafibra.com.br](mailto:contato@editorafibra.com.br)





**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS  
VOLUME 8**

**V CONGRESSO  
INTERNACIONAL DE DIREITOS  
HUMANOS DE COIMBRA  
uma visão transdisciplinar**

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)



Série Simpósios do V CIDHCoimbra 2020

ISBN 978-65-89537-08-3



9 1786589 1537083