Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais

6ª Edição *online*

Cascavel – PR, 2024

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVEL

Av. Tito Muffato, n. 2317, Bairro Santa Cruz

CEP:85806-080, Cascavel(PR)

Fone: (45) 3036-3653 | Fax:(45)3036-3638

www.univel.br

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

CONSELHO CONSULTIVO

Dra. Alessandra Mizuta de Brito – ULBRA/RS
Dr. Rodrigo Guia da Silva – UERJ/RJ
Dr. Alexandre Morais, da Rosa – UFSC/SC
Dra. Aline de Miranda Valverde Terra – UERJ/RJ
Dra. Amanda Costa Thomé Travincas – UNDB/MA
Dra. Débora Vanessa Baús Brandão – FDSBC/SP
Dra. Everilda Brandão Guilhermino – UFPE/PE
Dr. Fabriccio Steindorfer – EAGU/DF
Dr. Gustavo Henrique Baptista Andrade – FASNE/PE
Dr. José Laurindo de Souza Netto – UFPR/PR
Dra. Larissa Lacks – PUC/RS
Dr. Marcos Augusto de A. Ehrhardt Jr – UFAL/AL
Dr. Marcos Catalan – UNILASALLE /RS
Dr. Rodrigo Reis Mazzei – UFES/ES
Dra. Sheila Stolz da Silveira – FURG/RS
Dr. Pery Saraiva Neto – PUC/RS
Ma. Luciana Antunes Neves Maia – FADENORTE/MG
Me. Ednan Galvão Santos – Universidade de Coimbra/Portugal
Me. Leovanir Losso Lisboa – Universidade de Coimbra/Portugal
Ma. Aline Trindade do Nascimento – UFMT/MT
Ma. Laura Mallmann Marcht – URI-SAN/RS
Ma. Criziany Machado Felix – Urcamp/RS
Me. Edemir Braga Dias – URI-SAN/RS

A Revista de Estudos Jurídicos e Sociais, não se responsabiliza pela originalidade dos artigos apresentados, bem como pela eventual falta de indicação do nome do autor e da origem da obra citada.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

CONSELHO EDITORIAL

Editor-chefe:

Me. Vinícius Wildner Zambiasi

Editores Auxiliares:

Dr. Alexandre Barbosa

Dra. Elizabet Leal da Silva

Editores Colaboradores:

Dr. Alessandro Severino Váller Zenni – CESUMAR/PR

Dr. Alfredo Copetti Neto – UNISINOS/RS – UNIOESTE/PR

Dra. Caroline de C. F. Buosi Velasco – UNIVEL/PR

Dra. Denise Pires Fincato – PUC/RS

Dr. Fábio Mendonça Santiago – CEUMA/MA

Dr. Flávio Tartuce – FADISP/ALFA/SP

Dr. Gilberto Stürmer – PUC/RS

Dr. Leonardo Rabelo de Matos Silva – UVA/RJ

Dr. Rodrigo Wasem Galia – UFSM/RS

Dr. Sebastião Patrício Mendes da Costa – UFPI/PI

Dr. Paulo Roberto Pegoraro Junior – UNIVEL/PR – PUC/RS

Coordenador do Curso de Direito:

Me. Eduardo Biavatti Lazarini

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

R454

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais [recurso eletrônico] / Centro Universitário UNIVEL. – Volume 6, número 1 (2024) – Cascavel, PR: UNIVEL, 2024.

Recurso eletrônico: acesso via internet.

Periodicidade: Anual.

ISSN 2594-7702

Direito. I. Centro Universitário UNIVEL. II. Título.

CDD:340

Catalogação na fonte elaborada pelo Bibliotecário Lucas Carolino da Silva CRB 9/2181

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

APRESENTAÇÃO

Caro(a) leitor(a),

A sexta edição da Revista de Estudos Jurídicos e Sociais da Univel chega com o propósito de ampliar o debate técnico e teórico sobre temas relevantes no campo do Direito. Esta nova publicação reúne contribuições que possibilitam uma leitura crítica e aprofundada sobre questões atuais e relevantes da sociedade.

Mantendo o compromisso das edições anteriores, esta coletânea busca oferecer aos estudiosos e profissionais do Direito uma curadoria de artigos de qualidade, promovendo o conhecimento e a reflexão jurídica com responsabilidade acadêmica.

Os textos aqui reunidos abordam diferentes perspectivas doutrinárias, que visam provocar questionamentos, instigar o pensamento analítico e estimular o diálogo interdisciplinar. O Direito, enquanto instrumento essencial à vida em sociedade, tem papel decisivo na consolidação de uma ordem democrática, justa e inclusiva.

Registramos nosso agradecimento aos autores que contribuíram com seus trabalhos e ao empenho do Conselho Editorial e Consultivo.

Desejamos a todos uma leitura proveitosa e enriquecedora.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

SUMÁRIO

EVOLUÇÃO DO DIREITO DOS ANIMAIS

Guilherme Michel de Camargo; Larissa de Fátima D'Amico.....06

O BRASIL E O TRATADO INTERNACIONAL SOBRE O COMÉRCIO DE ARMAS

Carlos Henrique Eyng; Adriana Stormoski Lara; Vanessa Brachtvoge.....23

O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM EQUILÍBRIO ENTRE GARANTISMO E ATIVISMO

Carline Aparecida Colla Silva; Eduardo Biavatti Lazarini.....41

UMA ANÁLISE DA ESCRAVIDÃO NO BRASIL

Carlos Henrique Eyng; Adriana Stormoski Lara; Vanessa Brachtvoge.....61

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS POR PUBLICIDADE ILÍCITA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Laysa Sthefany Kenauth; Keli Patrícia Herpich.....85

DIREITO À EDUCAÇÃO ESCOLAR INDÍGENA: DESAFIOS PARA DECOLONIZAR A EDUCAÇÃO

Edemir Braga Dias.....102

O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA A PARTIR DA TEORIA DA PONDERAÇÃO E A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS FORMAIS NA OBRA DE ROBERT ALEXY

Laura Mallmann Marcht; José Francisco Dias da Costa Lyra 125

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

EVOLUÇÃO DO DIREITO DOS ANIMAIS

EVOLUTION OF ANIMAL RIGHTS

Guilherme Michel de Camargo[1]
Larissa de Fátima D'Amico[2]

RESUMO: Este artigo explora as visões e conceitos relacionados ao direito dos animais, abordando sua evolução histórica desde a Antiguidade até os dias atuais. Na Grécia e Roma antigas, já era possível identificar filósofos com ideias inovadoras sobre o tratamento dos animais. Com o advento da modernidade, ocorreram avanços significativos, culminando no surgimento de correntes ideológicas como o vegetarianismo e o veganismo, que são diretamente influenciadas pela noção de direitos dos animais. O texto também discute os debates em torno da necessidade de adotar uma vida vegetariana ou vegana, questionando se esses estilos de vida podem oferecer os mesmos benefícios que uma dieta que inclui carne. Além disso, o artigo analisa a evolução da percepção da senciência dos animais e como essa questão vem sendo abordada na legislação brasileira. O tom é otimista, destacando que já existem decisões e medidas concretas sendo tomadas a respeito do tema no país.

PALAVRAS-CHAVE: direito dos animais, veganismo, exploração, vegetarianismo.

ABSTRACT: This article explores the views and concepts related to animal rights, addressing its historical evolution from Antiquity to the present day. In ancient Greece and Rome, it was already possible to identify philosophers with innovative ideas about the treatment of animals. With the advent of modernity, significant advances were made, culminating in the emergence of ideological currents such as vegetarianism and veganism, which are directly influenced by the notion of animal rights. The text also discusses the debates surrounding the need to adopt a vegetarian or vegan lifestyle, questioning whether these lifestyles can offer the same benefits as a diet that includes meat. In addition, the article analyzes the evolution of the perception of animal sentience and how this issue has been addressed in Brazilian legislation. The tone is optimistic, highlighting that concrete decisions and measures are already being taken on the subject in the country.

KEYWORDS: animal rights, veganism, exploitation, vegetarianism.

1 INTRODUÇÃO

O direito dos animais está profundamente ligado à história da humanidade. Desde os primórdios da civilização existiram conexões significativas com esses seres.

---

[1] Acadêmico do curso de direito do Centro Universitário UNIVEL.
[2] Mestre em Direito, Inovações e Tecnologia. Professora de Direito Civil. Advogada.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

Durante a maior parte de nossa jornada na Terra os seres humanos consideraram os animais como seres irracionais, inferiores em termos evolutivos.

As religiões, especialmente no Ocidente, frequentemente consideram os animais como desprovidos de alma ou intelecto, o que tem sido um grande obstáculo para reconhecê-los como sujeitos de direitos. O cristianismo, com o dogma de que o ser humano foi criado à imagem de Deus, e os mandamentos hebraicos, que incluem o sacrifício ritual de animais, contribuíram para fortalecer uma visão antropocêntrica.

Historicamente, os animais foram tratados como meros objetos de prazer para os seres humanos. No entanto, ao longo dos séculos, algumas mentes pensaram de maneira diversa, como ao enfatizar a importância da moral e da ética no tratamento dos animais, argumentando que, juntamente com o direito, esses princípios devem assegurar uma vida digna e respeitosa para eles. Afinal, assim como os seres humanos, os animais são capazes de sentir, perceber e experimentar sensibilidades. Esse pensamento evoluiu e se concretizou na prática: os direitos dos animais agora são uma realidade.

No campo normativo, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada pela UNESCO em 1978, foi um marco importante na proteção dos animais, destacando seu valor, dignidade e integridade. No Brasil, a Constituição de 1988 proíbe a crueldade contra os animais, e a Lei nº 9605 de 1998 define crimes ambientais, refletindo o crescente interesse na proteção animal. Apesar dessas proteções, os animais ainda são tratados como propriedade no Código Civil (artigos 936, 1397, 1445 e 1447). No entanto, há uma evolução na jurisprudência, como exemplificado pelo famoso processo que tratou da questão do direito de visitas após a dissolução de uma união estável.

Além disso, a preocupação com os direitos dos animais gerou várias correntes de pensamento, como o vegetarianismo, que promove uma prática alimentar onde se exclui o consumo de carne (incluindo aves, peixes e outros animais), mas permite outros produtos de origem animal, como laticínios, ovos e mel. O veganismo, por outro lado, vai além da dieta e busca evitar, na medida do possível e praticável, todas as formas de exploração e crueldade que são cometidas contra os animais, como no setor de alimentos e cosméticos. Essas correntes filosóficas promovem grande valor

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

moral e respeito pelos animais, sempre avançando em direção a um futuro mais ético e justo.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PERCEPÇÃO HUMANA SOBRE OS ANIMAIS

A história da humanidade é relativamente recente. Animais vivem no planeta terra há mais de 600 milhões de anos, porém nenhum animal conseguiu tamanho poder sobre os outros como os seres humanos. Os dinossauros, como grandes exemplos de predadores máximos, dominaram a terra por 160 milhões de anos, e nem com todo esse tempo conseguiram causar mais medo e sofrimento aos outros animais que os humanos. Desde o ano 1500, mais de 300 espécies de animais foram extintas, e esse número só parece crescer ao longo dos anos (Bryson, 2010).

Uma das primeiras relações entre pessoas e animais foi a domesticação do lobo, que ocorreu entre 15 a 35 mil anos atrás. Essa relação permanece forte até os dias de hoje: “o cão é o melhor amigo do homem”. Nós consideramos os animais de estimação um nível acima dos demais animais. É visível, por exemplo, na nossa legislação, com a lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, a Lei de Crimes Ambientais, em seu artigo 32 § 1º-A “Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda.” O porco é o animal doméstico de maior inteligência, mas os maus tratos contra ele causam menos problemas do que a um cachorro, por exemplo.

Não somente os animais domésticos possuem senciência, vários animais selvagens também possuem essa característica. São capazes de sentir prazer, alegria, satisfação, entre outras coisas, assim como os seres humanos. Aristóteles já percebeu isso no século III antes de cristo. Em seu livro **“**A história dos animais” o autor diz que nos animais com uma idade avançada é perceptível uma afeição à alma, como loucura e prudência, coragem e covardice, mansidão e cólera, etc, além de que são capazes de entender não só sons, como também sinais. Os chimpanzés, por exemplo, compartilham 98,8% do nosso DNA, isso pode parecer irreal, porém é um fato comprovado (Dunham, 2023).

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

2.1 GRÉCIA E ROMA ANTIGAS

Nos primórdios da civilização, o debate sobre o direito dos animais era raro. Vários filósofos, como Aristóteles e Teofrasto se preocuparam em entender a estrutura dos animais, e entenderam que eles possuem alma sensível assim como os seres humanos, contudo, nunca os elevaram acima de meras bestas utilizadas para satisfação do homem. Os estoicos confutaram a tese de animais possuírem qualquer tipo de inteligência, assim negando a lei e a justiça a eles.

A religião ajudou em grande parte na transformação dos animais em objetos. Sacrifícios eram feitos em nome de deuses e outras divindades. Na Ilíada, 458–468, Homero relata que durante a viagem dos gregos para Troia, eles sequestraram a filha de Crises, sacerdote do deus Apolo. Como punição, Apolo enviou uma praga devastadora ao acampamento grego. Para apaziguar o deus e aliviar o sofrimento de seu exército, os gregos foram obrigados a devolver a filha de Crises. Ulisses liderou a missão de devolução, levando também uma hecatombe[3] expiatória como oferta para aplacar a ira de Apolo (Mallory, 2006).

Na Roma Antiga, um claro exemplo é o coliseu. Nele, apresentavam-se leões, rinocerontes, crocodilos, hipopótamos, chitas, rinocerontes, macacos e elefantes que foram transportados da África para a capital; tigres, leopardos e panteras, da Ásia, enquanto ursos foram capturados e levados para Roma da Escócia. Suetónio afirmou que mais de 5.000 animais foram massacrados em um único dia durante a inauguração do Coliseu. Essa estimativa é um pouco incerta, mas a aferição mais consistente do historiador Dião Cássio de que mais de 9.000 animais foram mortos ao longo dos 100 dias de inauguração não é menos surpreendente.

Um tipo de prática comum que ocorria no coliseu era a veação. Nas *venationes* eles caçavam e matavam os animais como principal função. Seu declínio foi se estabilizando quando não puderam achar novos animais exóticos. Porém, as práticas se perpetraram até o século VII. A caça e a captura de animais para as atrações levaram à extinção e à ameaça de inúmeras espécies, como o leão-do-atlas, cavalo selvagem europeu, o lince eurasiático, etc (Kyle, 2012).

[3] Uma hecatombe significa um sacrifício de cem bois (Penãzola, 2017).

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

2.2 ERA MEDIEVAL

Durante a Idade Média (500-1400), a vida era cheia de medo de violência, peste e fome. Assim como bruxas e hereges, os animais também eram frequentemente culpados por doenças humanas. Cães e gatos soltos nas aldeias eram propensos a serem usados como bodes expiatórios para a peste, então eram frequentemente caçados ou queimados. As aldeias medievais frequentemente usavam animais de isca para entretenimento do público em festivais e feriados (Le Goff, 1991). A isca envolvia prender um animal sem sorte, usualmente um urso, cavalo ou touro, a uma estaca para evitar a fuga e então submetê-lo ao ataque de uma matilha de cães treinados, só por diversão.

Execuções públicas de pessoas também eram populares na época. Não era muito diferente com os pobres animais, que também eram às vezes acusados, condenados e sentenciados a enforcamento público ou pior. Porcos eram frequentemente o foco dessas execuções. Como os porcos nessa época não eram controlados como outros animais de fazenda, porcos soltos às vezes atacavam crianças em vilas medievais.

O mais famoso filósofo da idade medieval, São Tomás de Aquino (1224-1274), versou sobre o tema dos animais. Ele foi um filósofo e teólogo italiano, educado primeiro em um mosteiro em Monte Cassino, depois em Nápoles, Paris e Colônia. Ele é amplamente lembrado por sua sutil e delicada assimilação das ideias de Aristóteles na teologia de sua época. Aquino redescobriu os escritos de Aristóteles e concordou que era a capacidade de raciocinar (ou racionalidade) que tornava os seres humanos distintos de todos os outros animais (Chesterton, 2013).

No entanto, ele deu às ideias de Aristóteles um toque de cristianismo. Ele postulou que os animais não têm almas imortais. O Aquinate também afirmou que os seres humanos não tinham obrigações diretas com os animais, contudo, eles podem ter obrigações morais indiretas, na medida em que as pessoas que maltratam os animais podem (1) adquirir hábitos cruéis e, em seguida, tratar mal outros seres humanos, e (2) perpetrar um dano à propriedade contra o dono do animal. De acordo com Aquino, os animais não têm posição moral, apenas valor instrumental. É digno de nota que, em um aspecto, Aquino estava correto. Pesquisas recentes mostraram

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

que as pessoas que são maliciosamente cruéis com os animais no início da vida correm maior risco de serem cruéis com as pessoas mais tarde na vida (Hensley; Tallichet; Dutkiewicz, p. 614–626, 2012).

2.3 ILUMINISMO E A ERA MODERNA

René Descartes (1596-1650), considerado o pai da filosofia moderna, comparou os animais a máquinas, dizendo não têm pensamento nem linguagem. Porém, na carta a Newcastle de 23 de novembro de 1646, o filósofo diz coisas de maneira incerta, realmente não há como saber o que ele pensava.

> (...) todas as coisas que se manda fazer aos cachorros, aos cavalos & aos macacos nada mais são do que movimentos de seus temores, de suas esperanças ou alegrias, de sorte que podem fazê-las sem nenhum pensamento. (AT, IV, p. 3)

Thomas Hobbes (1588-1679), escritor do livro Leviatã, se baseava na ideia de contrato, mas como os animais não possuem linguagem, não poderiam fazê-lo, assim, não teriam consideração moral. Enquanto Descartes pensava que a linguagem era importante como um sinal de racionalidade, Hobbes pensava que ela era necessária para a elaboração de contratos sociais. Porém, o resultado final foi o mesmo; animais não têm linguagem, portanto, não merecem consideração moral (Hobbes, 1651).

John Locke (1632-1704) é considerado o primeiro dos empiristas britânicos. O empirismo enfatiza o papel da experiência, particularmente a percepção sensorial, na formação de ideias. Locke postulou que quando as pessoas nascem, suas mentes são ‘tábuas rasas’ ou ‘tabula rasa’, isso significa que nascemos vazios e adquirimos com o passar do tempo o conhecimento. Na visão de John Locke, observa-se uma mudança na percepção sobre os animais, ele argumenta que há indícios de que os animais possuem a capacidade de lembrar, além de reconhecer que os animais parecem ter algumas ideias muito simples e conseguem comparar uma coisa com outra, embora de maneira bastante imperfeita. Contudo, Locke estabelece um limite na capacidade do pensamento dos animais, a abstração. Ele afirma claramente que os animais não conseguem formar abstrações. Assim, Locke conclui que existem grandes diferenças entre seres humanos e outros animais, mas reconhece que os

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

animais possuem algumas capacidades mentais básicas. Isso representa um grande afastamento da visão de que os animais são meros “autômatos” (Locke, 1690).

O filósofo alemão Immanuel Kant (1724-1804) viveu bem depois de John Locke, mas manteve a visão tradicional de que os animais possuem apenas valor instrumental. Kant foi a figura central no desenvolvimento da filosofia moral moderna e escreveu a famosa "Fundamentação da Metafísica dos Costumes". Ele acreditava que a moralidade envolvia seguir regras absolutas. Por exemplo, Kant defendia que mentir é moralmente errado e que nunca deveríamos mentir, independentemente das circunstâncias, mesmo para salvar a vida de alguém.

A filosofia de Kant propunha que os seres humanos devem ser tratados como fins em si mesmos e não como meios para um fim. Ele argumentava que os seres humanos possuem valor intrínseco e não apenas valor instrumental. A razão para isso é que os humanos têm a capacidade de racionalidade e, em particular, podem raciocinar sobre a ética. Em contraste com isso, os animais não têm essa capacidade de raciocínio e, portanto, possuem apenas valor instrumental segundo Kant (1785).

3 CONTEMPORANEIDADE

Charles Darwin (1809-1882) foi o biólogo mais influente da história da humanidade, desenvolvendo a teoria da evolução, que mudou completamente a visão da humanidade sobre o mundo. Em seu livro *The Expression of the Emotions in Man and Animals* (1872), Darwin observou a universalidade da expressão facial das emoções dos seres humanos e identificou semelhanças nas expressões emocionais dos animais, sugerindo uma origem evolutiva comum. Seu principal interesse estava na expressão emocional, levando-o a descrever a anatomia e a fisiologia subjacentes a essas expressões, o valor comunicativo delas e a evolução das emoções. Embora Darwin parecesse aceitar que as emoções envolvem experiências subjetivas, ele não explorou essa dimensão em profundidade (Desmond; Moore, 1994).

Além de Darwin, na era contemporânea (1800-presente), outras pessoas passaram a se interessar sobre o tema dos animais, porém sob outra perspectiva, principalmente nos EUA e na Europa. Um grande exemplo é o desenvolvimento da primeira Sociedade para a Prevenção da Crueldade contra os Animais (SPCA).

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

Organizada na Inglaterra em 1824, especialmente para evitar o abuso de cavalos de carruagem em tempos anteriores à invenção dos automóveis. Os cavalos eram conduzidos por invernos extremamente gelados e verões sufocantes, geralmente com pouca comida, água ou descanso. Os condutores de carruagens se interessavam apenas em ganhar o máximo de dinheiro possível, então batiam nos animais se eles se recusassem ou não pudessem puxar as carruagens (Pertzel, 2006).

A primeira SPCA ajudou a aprovar leis que regulamentavam o negócio de cavalos de carruagem. Com esse sucesso, a Sociedade se expandiu para incluir cães e outros animais em sua luta contra a crueldade humana. A primeira SPCA americana foi iniciada em 1866 na cidade de Nova York. Hoje existem SPCAs no mundo todo.

Contudo, a sociedade continuou a depender dos animais para alimentação e como uma fonte de energia, utilizando-os para puxar carroças e equipamentos agrícolas, bem como para arrastar vagões de carvão ou minerais nas minas. Muitos animais sofreram abusos nas mãos de condutores cruéis, suportando longos períodos de fome e sede antes de enfrentarem uma morte dolorosa no matadouro (Hribal, 2003).

Embora a mecanização tenha liberado muitos animais de suas funções como bestas de carga, ela também trouxe novos tipos de sofrimento. Na agricultura mecanizada, os animais frequentemente enfrentam confinamento intenso e práticas dolorosas, como castração, por exemplo. Muitas das leis modernas destinadas a prevenir a crueldade contra os animais são focadas principalmente em animais de estimação e não se aplicam aos animais de fazenda, como já citado antes no artigo, os humanos focam mais em animais de estimação do que o resto deles (Bekoff, 2008).

Sobre o aspecto normativo, o maior avanço que já ocorreu a respeito da proteção de seres não humanos é a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada pela UNESCO em 1978, que reconhece o valor da vida, dignidade, respeito e integridade de todos os seres vivos. No Brasil, a Constituição de 1988, em seu artigo 225, proíbe atos de crueldade contra os animais, complementada pela Lei nº 9605 de 1998, que define os Crimes Ambientais, e outras leis esparsas, evidenciando o crescente interesse pelos direitos dos animais.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

No livro "*Some We Love, Some We Hate, Some We Eat: Why It's so Hard to Think Straight About Animals*," Hal Herzog aponta que nossas opiniões sobre o consumo de animais são profundamente influenciadas pela nossa cultura. Por exemplo, nós geralmente ficamos indignados com a ideia de comer carne de cachorro, uma vez que os cães são animais de estimação muito queridos. No entanto, em diversas partes do mundo, especialmente na Ásia, o consumo de carne de cachorro tem sido uma prática comum por milhares de anos e ainda persiste em muitos lugares.

No livro "*Homo Deus*: Uma Breve História do Amanhã", Yuval Noah Harari discute o impacto dos humanos na vida animal. Embora os números sugiram que os animais de fazenda domesticados estejam prosperando, representando mais de 90% da população mundial de grandes animais, a maioria desses animais sofre enormemente. Seus corpos foram projetados para o mundo natural, mas a realidade é que muitos são confinados em espaços pequenos, escuros e sujos, e alimentados com dietas artificiais. Apesar dos avanços científicos e tecnológicos, os animais em fazendas industriais modernas frequentemente enfrentam medo, dor e tédio, uma tortura que parece não ter fim.

3.1 VEGETARIANISMO E VEGANISMO

O vegetarianismo é a prática de se alimentar apenas de vegetais, frutas, grãos, legumes e nozes, com ou sem a inclusão de laticínios e ovos. As razões para adotar essa dieta podem ser éticas, ascéticas, ambientais ou nutricionais. Todas as formas de carne (incluindo carne vermelha, aves e frutos do mar) são excluídas das dietas vegetarianas. Muitos vegetarianos consomem leite e laticínios, e, no Ocidente, geralmente comem ovos também (Sousa, 2024). No entanto, a maioria dos vegetarianos na Índia evita ovos, assim como os vegetarianos das regiões do Mediterrâneo na antiguidade. No veganismo, por outro lado, não comem carne, ovos, queijo, maionese, mel, soro de leite, gelatina, ou qualquer coisa que venha ou inclua um animal. Nem usam nenhuma roupa, acessório ou objeto feito de um animal. Nada de couro, nada de lã, nada de pérolas, nada de pianos com teclas de marfim. É um extremo lado do vegetarianismo.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

A evitação deliberada de carne provavelmente surgiu em contextos rituais, como purificação temporária ou critério para admissão sacerdotal. A defesa de uma dieta vegetariana regular começou por volta de meados do primeiro milênio a.C. na Índia e no Mediterrâneo oriental, durante um despertar filosófico. No Mediterrâneo, Pitágoras de Samos (c. 530 a.C.) foi um dos primeiros a registrar a prática, argumentando que todos os animais compartilham um parentesco e merecem benevolência, e isso foi somente provado por Darwin muitos séculos depois. De Platão em diante, muitos filósofos pagãos, como Epicuro e Plutarco, especialmente os neoplatônicos, recomendaram uma dieta sem carne, condenando sacrifícios sangrentos e associando a prática à crença na reencarnação e à harmonia cósmica (Doucet, 2024).

Na Índia, seguidores do budismo e do jainismo se recusavam a matar animais para alimentação, baseando-se em princípios éticos e ascéticos. Este ideal foi adotado pelo bramanismo e mais tarde pelo hinduísmo, aplicando-se especialmente à vaca, que mais tarde se tornou um símbolo muito grande da Índia. E assim como no Mediterrâneo, a ideia condenava sacrifícios sangrentos e estava ligada à harmonia cósmica.

Nos séculos seguintes, a história do vegetarianismo divergiu entre as regiões índica e mediterrânea. Na Índia, apesar do declínio do budismo, o princípio da inofensividade (*ahimsa*) e a dieta sem carne se espalharam amplamente, sendo adotados por várias castas. Além da Índia, esses ideais foram levados com o budismo para a China e o Japão, onde, em alguns casos, peixes eram incluídos na dieta.

A oeste do Indo[4], as grandes tradições monoteístas foram menos favoráveis ao vegetarianismo. A Bíblia hebraica sugere que no paraíso os primeiros humanos não comeram carne. Grupos ascetas judeus e alguns líderes cristãos primitivos viam o consumo de carne como glutão, cruel e caro. Algumas ordens monásticas cristãs excluíam a carne, e a prática de evitá-la era uma penitência e exercício espiritual até para leigos no assunto. Vários santos, como Santo Antônio do Egito, eram vegetarianos notáveis. Muitos muçulmanos eram hostis ao vegetarianismo, embora

[4] O rio Indo é o rio mais longo e mais importante do Paquistão e um dos mais destacados rios do subcontinente indiano. O topônimo "Índia" é proveniente do nome do rio (Animalia, 2024)

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

alguns místicos sufis recomendassem a dieta sem carne para buscadores espirituais (Suddath, 2008).

3.2 VEGANISMO NA MODERNIDADE E PREOCUPAÇÕES FUTURAS

Na segunda metade do século XX, o trabalho do filósofo ético australiano Peter Singer reviveu o interesse filosófico pelo vegetarianismo e pelos direitos dos animais. Singer apresentou argumentos utilitários para afirmar que os métodos modernos de criação e abate de animais para alimentação humana, como a criação intensiva, são moralmente injustificáveis. Seus argumentos também se aplicam ao uso de animais em pesquisas médicas e entretenimento, um grande exemplo é o *Sea World* (Daly, 2019).

Simultaneamente, surgiram debates sobre se uma dieta sem carne, especialmente vegana, pode fornecer todos os nutrientes necessários para a saúde humana. No Ocidente, havia uma crença comum de que uma dieta baseada apenas em vegetais não poderia fornecer proteína suficiente. No entanto, estudos nutricionais da década de 1970 questionaram essa ideia, e ela é raramente levantada hoje. Uma questão mais recente é se uma dieta vegana pode fornecer vitamina B12 suficiente, essencial para a produção de glóbulos vermelhos e o funcionamento dos nervos. Fontes veganas de B12 incluem alimentos fortificados (como levedura nutricional, cereais e leite de soja) e suplementos vitamínicos (Leite, 2020).

No início do século XXI, restaurantes vegetarianos tornaram-se comuns em muitos países ocidentais, e indústrias dedicaram-se a produzir alimentos vegetarianos e veganos, alguns simulando carne e laticínios em forma e sabor. Substitutos de carne feitos de jaca, tempeh, ou tofu são amplamente disponíveis, e diversos alimentos processados foram desenvolvidos a partir de grãos, feijões e outros vegetais. Hoje, muitas sociedades vegetarianas e grupos de direitos dos animais promovem receitas e informações sobre os benefícios para a saúde e o meio ambiente de uma dieta sem carne. A pecuária contribui significativamente para as emissões de metano e a produção de carne demanda mais recursos hídricos e terras do que a produção equivalente de produtos vegetais (Berndt, 2013). Assim, o vegetarianismo é promovido como uma forma de combater as mudanças climáticas e incentivar um uso

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

mais sustentável da terra. Até mesmo o Burger King começou a oferecer uma opção de hambúrguer vegetariano. Porém, a crescente preocupação com a exploração animal pode estar chegando tarde demais.

Um relatório recente da ONU (Martin, 2019) destaca que um milhão de espécies estão à beira da extinção devido às mudanças climáticas, caça excessiva, poluição e destruição de habitats. Na crescente das fazendas industriais, fazendeiros tradicionais lutam para sobreviver. Podemos ter explorado os animais e seus habitats a tal ponto que estamos causando um evento de extinção em massa. No entanto, devemos muito do nosso modo de vida e da nossa existência aos animais. Talvez possamos encontrar um caminho para o futuro que permita compartilhar este planeta com outras criaturas, em vez de explorá-las para nossa ruína mútua.

4 ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITO

No Brasil existem mais de 139 milhões de animais de estimação, esse número é alto, temos apreço pelos animais, porém o Código Civil deixa a desejar ao considerá-los somente como objetos, bens semoventes. Bichos seriam apenas uma parte do patrimônio de seu titular. Em países como Suíça, Alemanha, Áustria, França e Nova Zelândia, códigos já foram alterados para reconhecer que os animais não humanos necessitam de uma classificação "*sui generis*", permitindo-lhes a posse de direitos despersonificados. O ex-deputado Arnaldo Jordy afirma: “a ciência comprova que os animais não humanos possuem sentimentos, memória, níveis de inteligência, capacidade de organização, entre outras características que os aproximam mais a nós do que às coisas, tornando o nosso marco jurídico inadequado e obsoleto” (Haje, 2015).

Contudo, alguma evolução está sendo feita nesse sentido no Brasil, uma nova visão aparece sobre o passado obscuro de nossa legislação. No Congresso Nacional, há projetos de lei que propõem reconhecer os animais como seres sencientes, capazes de emoções e sentimentos, e, portanto, sujeitos de direitos. O Poder Judiciário tem dedicado mais atenção aos animais de estimação, e esses debates chegaram ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), que também evoluiu em suas análises de controvérsias envolvendo animais.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

No Código Civil, os animais não têm o direito de processar pessoas em busca de ressarcimento monetário. Segundo a advogada Edenise Andrade, participante do Grupo de Pesquisa em Direito dos Animais da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), isso é um equívoco, uma vez que, pelo artigo 225 da Constituição, os animais são considerados seres sencientes dignos de proteção jurídica. “A Constituição diz que os animais são sujeitos de direito desde que estejam assistidos por uma pessoa capaz – representante, ONG, Ministério Público ou Defensoria Pública. Eles podem estar como partes de um processo”, explica a advogada (Moraes, 2022).

No primeiro caso (processo REsp 1.713.167-SP), em 2018, a Quarta Turma analisou a questão dos *pets* em uma discussão sobre o direito de visitas após a dissolução de união estável. Em segunda instância, aplicando como uma analogia da guarda de filhos menores, o tribunal estadual determinou ser possível estabelecer o direito de visitas ao animal de estimação que ficou com um dos ex-companheiros após a separação. O relator do recurso, ministro Luis Felipe Salomão, apesar da legislação considerar os animais como coisas, considerou que “não se mostra suficiente o regramento jurídico dos bens para resolver, satisfatoriamente, tal disputa familiar nos tempos atuais, como se se tratasse de simples discussão atinente à posse e à propriedade”.

Não é uma questão de igualar os animais aos seres humanos, como na indagação popular que diz: “não há leis suficientes nem para nós, quem dirá para os animais, primeiro devemos resolver as questões humanas e depois pensar nos bichos”. É necessário distinguir os animais de mera propriedade; não podemos simplesmente ignorar o fato de que eles possuem algum tipo de consciência e que são dotados, inclusive, de um pouco da nossa sensibilidade. “Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado” – afirmou o ministro (STJ, 2023).

Em 2019, o Senado Federal aprovou o PLC 27/2018, a ementa acrescenta dispositivo à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a natureza jurídica dos animais não humanos. Em consulta pública, a proposta recebeu

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

aprovação de mais de 24 mil pessoas, contra apenas 731 votos negativos. Eis a explicação da ementa:

> Determina que os animais não humanos possuem natureza jurídica sui generis e são sujeitos de direitos despersonificados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa (Senado Federal, 2019).

O projeto reconhece os animais como seres sencientes, alterando o Código Civil para que não sejam mais somente bens semoventes. Como foi aprovado com alterações no Senado, o projeto retornou à Câmara dos Deputados para nova análise (PL 6.054/2019). Neste ano, a Câmara recebeu o PL 179/2023, que busca regulamentar a família multiespécie[5] e prevê uma série de direitos para os pets, incluindo pensão alimentícia e participação no testamento do tutor. Se aprovado, os animais serão considerados filhos por afetividade e estarão sujeitos ao poder familiar, com acesso à Justiça para defender seus interesses ou reparar danos. Nessas situações, serão representados pelo tutor ou, na ausência deste, pela Defensoria Pública e pelo Ministério Público. A proposta ainda aguarda sua distribuição na Câmara.

No geral, o entendimento de que animais são seres de direito não apenas reflete um avanço filosófico, mas também um progresso no sistema jurídico e na própria humanidade. Essa visão já foi implementada na Alemanha, um país com considerável influência sobre o direito brasileiro. Na Alemanha, a proteção aos animais foi incorporada ao parágrafo 20 da Constituição, estabelecendo que "O Estado protege as bases naturais da vida e os animais" como uma responsabilidade fundamental do Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora o entendimento predominante no sistema jurídico trate os animais como objetos de direito, há um movimento em crescimento que defende uma redefinição da natureza jurídica dos animais. Esse, busca reconhecer novos direitos

[5] Por definição, a família multiespécie é aquela formada pelo núcleo familiar humano em convivência compartilhada com seus animais de estimação. As condições necessárias para que isso ocorra é que os pets sejam considerados membros da família e que exista um vínculo afetivo entre humanos e animais (Petz, 2023).

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

fundamentais que protejam os animais como sujeitos de direito, com direitos como o de viver, de ser livre, de ter dignidade e de receber um tratamento adequado, conforme os princípios dos direitos fundamentais. Nessa nova perspectiva, os animais não seriam vistos apenas como elementos essenciais para um meio ambiente equilibrado ou para o benefício humano, mas também como seres protegidos pela Constituição Federal de 1988 (CF/88). O ser humano, nesse cenário, não seria mais considerado dono dos animais, mas sim guardião e responsável por eles, semelhante à tutela exercida sobre pessoas incapazes.

Os direitos fundamentais pertencem a cada ser humano, apenas por sua condição de existir. Eles abrangem o direito a uma vida digna, à nutrição adequada, e à proteção contra maus-tratos ou violência, sem depender de acordos, da capacidade de raciocinar ou de expressar vontade. Um recém-nascido, pessoas com deficiências mentais, em estado vegetativo ou coma, por exemplo, não conseguem expressar suas vontades, mas ainda assim têm seus direitos fundamentais garantidos. Da mesma forma, esses direitos também devem ser assegurados aos animais. Pegue um bebê, por exemplo, ele não tem visão moral nenhuma, assim como os animais, mas ainda continua sendo um sujeito de direito. Não é uma questão de igualar os animais aos homens, mas sim se dar um direito que lhes é devido. Os animais são autônomos, *sui generis,* devem ter uma vida digna e respeito.

Apesar de todo o esforço já colocado sobre esse tema, ainda há muito chão para percorrer. O direito dos animais é um tema amplo demais para ser tratado inteiramente em um artigo, demanda muito estudo e muito tempo para compreendê-lo. A cada decisão tomada em rumo ao reconhecimento dos direitos dos animais terá de ser considerada uma vitória digna de comemoração. Não é fácil mudar o pensamento que está há séculos impregnado em nossa cultura. Ensinar sobre o direito dos animais nas escolas também é um passo importante. As crianças aprendem agora, e talvez no futuro, mudem as leis, com novos pensamentos e linhas filosóficas. Essa jornada é promissora e com certeza trará os resultados desejados.

REFERÊNCIAS

Animal welfare: A brief history. Disponível em: https://www.fondation-droit-animal.org/proceedings-aw/animal-welfare-a-brief-history/. Acesso em: 10 ago. 2024.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

BEKOFF, M. **The emotional lives of animals**: A leading scientist explores animal joy, sorrow, and empathy ? And why they matter. Novato, CA, USA: New World Library, 2008b.

BERNDT, A.; ROMERO SOLÓRZANO, L. A.; SAKAMOTO, L. S. **Pecuária de corte frente à emissão de gases de efeito estufa e estratégias diretas e indiretas para mitigar a emissão de metano**. Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa), 2013.

BODSON, L. Les connaissances zoologiques de l'Antiquité grecque et romaine: aperçu de leur spécificité et de leur actualité. **Bulletin de l'Association Guillaume Budé**, v. 1, n. 1, p. 53–82, 2010.

BRUSATTE, S. **The rise and fall of the dinosaurs**: The untold story of a lost world. Londres, England: Picador, 2019.

BRYSON, B. **A short history of nearly everything**. [s.l.] Broadway Books, 2010.

CHESTERTON, G. K. **St. Thomas Aquinas**. [s.l.] Literary Licensing, 2013.

Cruelty through the ages: A history of animal exploitation. Disponível em: https://cratefreeusa.org/history-animal-exploitation/. Acesso em: 10 ago. 2024.

DALY, N. **Orcas don't do well in captivity. Here's why. National geographic,** 25 mar. 2019.

DAWSON, A. **Extinction**: A radical history. 2. ed. Nova Iorque, NY, USA: OR Books, 2022.

DE ALMEIDA SILVA, T. T. Princípios de proteção animal na Constituição de 1988. **Revista de Direito Brasileira**, v. 11, n. 5, p. 62, 2015.

DESCARTES, R. Carta de Descartes ao Marquês de Newcastle. **Revista de Filosofia do IFCH da Universidade Estadual de Campinas**, v. 1, n. 2, p. 3, 2017.

DESMOND, A. J.; MOORE, J. Darwin: **The life of a tormented evolutionist.** Nova Iorque, NY, USA: WW Norton, 1994.

DOUCET, L. **A brief history of veganism**. Disponível em: https://www.earthsave.ca/blog/a-brief-history-of-veganism/. Acesso em: 17 nov. 2024.

DUNCAN, I. J. H. **Is sentience only a nonessential component of animal welfare?** Animal Sentience, v. 1, n. 5, 2016.

DUNHAM, W. **O que nos torna humanos? Estudo do genoma de primatas oferece algumas pistas.** Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/tecnologia/o-que-nos-torna-humanos-estudo-do-genoma-de-primatas-oferece-algumas-pistas/. Acesso em: 17 nov. 2024.

GOMES, Rosangela Ma A.; CHALFUN, Mery. Direito dos animais – um novo e fundamental direito. In: XV **Congresso Nacional do CONPEDI**. 2010.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

HAJE, L. **Meio Ambiente considera animais não humanos como sujeitos de direitos.** Agência Câmara de Notícias. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/472900-MEIO-AMBIENTE-CONSIDERA-ANIMAIS-NAO-HUMANOS-COMO-SUJEITOS-DE-DIREITOS. Acesso em: 6 dez. 2024.

HARARI, Y. N. **Sapiens: A brief history of humankind**. [s.l.] Tian Xia Wen Hua, 2022.

HENSLEY, C.; TALLICHET, S. E.; DUTKIEWICZ, E. L. Exploring the age of onset and recurrence of childhood animal cruelty: can animal cruelty be learned from witnessing others commit it?: Can animal cruelty be learned from witnessing others commit it? **International journal of offender therapy and comparative criminology**, v. 56, n. 4, p. 614–626, 2012.

HOBBES, T. **Leviatan,** 1651.

HRIBAL, J. “Animals are part of the working class”: a challenge to labor history. **Labor history**, v. 44, n. 4, p. 435–453, 2003.

JENNISON, G. **Animals for show and pleasure in ancient Rome.** Baltimore, MD, USA: University of Pennsylvania Press, 2005.

KANT, I. **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**. [s.l.] Grols Verlag, 2022. (Obra originalmente publicada em 1785)

KYLE, D. G. **Spectacles of death in ancient Rome.** Londres, England: Routledge, 2012.

LE GOFF, J. **Civilisation de L’Occident Medieval**. [s.l.] Arthaud, 1991.

LEITE, Rebecca Ferreira. **Aspectos nutricionais da dieta vegana: revisão sobre os benefícios e riscos para a saúde**. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Ciências Farmacêuticas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: https://bdta.abcd.usp.br/directbitstream/25e06440-d174-46aa-9d9c-b40a4aa58685/3059527.pdf. Acesso em: 10 ago. 2024.

LOCKE, J. **An essay concerning human understanding an essay concerning human understanding**, 1690.

LONSDALE, S. H. **Attitudes towards Animals in Ancient Greece.** Greece & Rome, 26(2), 146–159. 1979.

MALLORY, J. P.; ADAMS, D. Q. **The oxford introduction to proto-Indo-European and the proto-Indo-European world.** Londres, England: Oxford University Press, 2006.

MARTIN. UN report: **Nature’s dangerous decline “unprecedented”; Species extinction rates “accelerating”.** Disponível em: https://www.un.org/sustainabledevelopment/blog/2019/05/nature-decline-unprecedented-report/. Acesso em: 17 nov. 2024.

MORAES, E. **Animais na legislação brasileira: objetos ou sujeitos de direito?** Disponível em: https://www.ufsm.br/midias/arco/animais-sujeitos-de-direito-legislacao-brasileira. Acesso em: 6 dez. 2024.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

Maus tratos contra cães e gatos. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/maus-tratos-contra-caes-e-gatos. Acesso em: 7 ago. 2024.

Meio Ambiente considera animais não humanos como sujeitos de direitos. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/472900-MEIO-AMBIENTE-CONSIDERA-ANIMAIS-NAO-HUMANOS-COMO-SUJEITOS-DE-DIREITOS. Acesso em: 16 ago. 2024.

Our history. Disponível em: https://www.spcai.org/about>. Acesso em: 10 ago. 2024.

PERTZEL, B. **For all creatures**: A history of the RSPCA Victoria. Burwood East, VIC, Australia: Royal Society for the Prevention of Cruelty to Animals, 2006.
PEÑALOZA, R. **RITUAIS DE SACRIFÍCIO ANIMAL NA ANTIGUIDADE**. Disponível em: https://milesmithrae.medium.com/rituais-de-sacrifício-animal-na-antiguidade-rodrigo-peñaloza-25-x-2017-f2b9140781c9. Acesso em: 6 dez. 2024.

PETZ. **Aprenda o que é a família multiespécie!** Disponível em: https://www.petz.com.br/blog/noticias/familia-multiespecie/#:~:text=Por%20definição%2C%20a%20família%20multiespécie,afetivo%20entre%20humanos%20e%20animais. Acesso em: 6 dez. 2024.

Rio Indo. Disponível em: https://animalia.bio/pt/indus-river. Acesso em: 23 nov. 2024.

SILVA, T. T. DE A. O Ensino do Direito Animal: Um Panorama Global. **Revista de Direito Brasileira**, v. 6, n. 3, p. 232, 2013.

SIMÃO, José Fernando. **Direito dos animais**: natureza jurídica. A visão do direito civil. Revista Jurídica Luso-brasileira, v. 4, n. 3, p. 897-911, 2017.

SOUSA, A. L. V. DE et al. Vegetarianismo e os benefícios para a saúde, uma revisão. **Brazilian Journal of Health Review**, v. 7, n. 4, p. e71006, 2024.

STJ. **Animais de estimação: um conceito jurídico em transformação no Brasil**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/21052023-Animais-de-estimacao-um-conceito-juridico-em-transformacao-no-Brasil.aspx. Acesso em: 6 dez. 2024.

SUDDATH, C. **A Brief History of Veganism.** Disponível em: https://time.com/3958070/history-of-veganism/. Acesso em: 6 dez. 2024.

THE EDITORS OF ENCYCLOPEDIA BRITANNICA. **Vegetarianism,** 23 jul. 2024.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

O BRASIL E O TRATADO INTERNACIONAL SOBRE O COMÉRCIO DE ARMAS

THE RELATIONSHIP BETWEEN BRAZIL AND THE ARMS TRADE TREADY

Carlos Henrique Eyng[6]
Adriana Stormoski Lara[7]
Vanessa Brachtvoge[8]

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo apresentar o Tratado Internacional sobre o comércio de Armas, bem como analisar o histórico de sua aprovação tanto internacionalmente quanto a sua aprovação pelo Brasil. Além disso, visa verificar quais as principais críticas sofridas pelo Tratado nesse processo. Com isso, percebe-se que o tratado internacional sofre problemas semelhantes a outros documentos internacionais, principalmente naquilo que se refere a falta de equidade entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento e, de mesmo modo, a falta de sanção aplicável para quem o descumprir. Por fim, tem como propósito examinar os principais impactos da ratificação do tratado pelo Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Tratado Internacional de Comércio de Armas; Comércio Internacional de Armas; Exportação de Armas.

ABSTRACT: The present paper aims to introduce the Arms Trade Treaty. As well it intends to analyze the movements towards its approval by Brazil and other countries. Besides it seeks to verify all the criticism that it suffered in the approvement process. Thereby, analyzing the mentioned topics it's clear that this international treaty suffers from problems that are common to other international treaties (mostly regarding to the conflicts between developed and developing countries), as well the lack of

[6] Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Campus de Foz do Iguaçu. Especialista em Direito Público pela Escola Brasileira de Direito. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas com menção em Direito Constitucional, pela Universidade de Coimbra. Foi Procurador concursado do município de Santa Terezinha de Itaipu/PR. Advogado. Professor e Coordenador do curso de Direito na UNIGUAÇU.

[7] Mestra em Sociedade, Cultura e Fronteiras, UNIOESTE. Pós-graduada Lato Sensu em Reformas Processuais: Civil e Penal pelo Centro Universitário Cataratas – UDC, Foz do Iguaçu/PR. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Dinâmica das Cataratas – UDC, Foz do Iguaçu/PR. Advogada. Professora do Curso de Direito da Faculdade Uniguaçu. E-mail: adrianaslara@hotmail.com

[8] Graduada em Direito. Pós-graduada em Direito Constitucional, em Direito Tributário, em Direito Processual Civil e em licitações e contratos administrativos. Mestre no Programa de Sociedade Cultura e fronteira na UNIOESTE, Campus Foz do Iguaçu-PR. Graduanda no curso de Tecnóloga em Gestão Pública. Procuradora do Município de Matelândia/PR. Professora de Direito na Faculdade Uniguaçu. Email: brachtvogel.va@gmail.com.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

enforcement and sanction to whose that disobey the treaty. Lastly this paper purposes to anaylze the main impacts that the Arms Trade Treaty ratification's causes to Brazil.

KEYWORDS: Arms Trade Treaty; International firearms trade; Firearms Exportation.

1 O TRATADO INTERNACIONAL SOBRE O COMÉRCIO DE ARMAS (ATT)

1.1 HISTÓRICO DO TRATADO E AS NEGOCIAÇÕES ATÉ A SUA APROVAÇÃO

Com o avanço da globalização o comércio de mercadorias e produtos avançou de modo diametral, tanto entre países de mesmo continente quanto entre países de continentes diversos. As atividades mercantis que antes eram majoritariamente regionais, e apenas esporadicamente internacionais, sofreram grandes mudanças em seus fluxos.

Atualmente, as atividades negociais podem ser feitas sem tantas dificuldades a qualquer distância, desde que a logística e a lógica capitalista apresentem resultados satisfatórios. Se há demanda o suficiente haverá oferta, ainda que entre vendedor e comprador exista uma grande distância. Desde que apresentem lucro as negociações não param em nenhum setor econômico.

Obviamente que o referido aumento do número de negociações traz uma dificuldade diretamente proporcional para a fiscalização dessas negociações. Seja em relação à taxação de impostos, à legalidade ou à qualidade dos produtos, ou, ainda, relativa a outros critérios que possam ser fiscalizados. E, por isso, há uma necessidade de que o comércio internacional seja, assim como o comércio interno, devidamente regulamentado (normatizado).

Sob essa ótica, constata-se que: se há intenção de vendedores e compradores em omitirem dados de negociações relativas a itens básicos e considerados como "inofensivos", haverá também a intenção de esconder dados relativos a drogas, objetos ilícitos e, do ponto principal do presente trabalho, os armamentos.

Entretanto, diferente da comercialização interna em que na maioria das vezes é um determinado Estado que define do início ao fim como será a transação comercial e como se dará a fiscalização, em uma negociação entre países essa comercialização respeitará diferentes regras. Ou seja, as transações internacionais não deverão

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

respeitar somente as regulamentações relativas ao direito interno de cada país, mas, também, aquelas relativas ao direito internacional.

E, nesse ponto, o assunto se torna ainda mais delicado quando se trata de comércio de armamentos. Levando em consideração as dificuldades mencionadas, a ONU – Organização das Nações Unidas – propôs que fosse firmado um tratado sobre o assunto.

O "Tratado internacional sobre comércio de armas"[9], também chamado de TCA, foi aberto para assinaturas de todos os Estados-membros da ONU na data de 03 de junho de 2013, e entrou em vigor somente em 24 de dezembro de 2014, exatamente 90 dias após a quinquagésima ratificação, respeitando, deste modo o estipulado no artigo 22, primeira parte.[10]

Contudo, as negociações começaram em um período bastante anterior. Consigne-se que é difícil precisar com exatidão de qual modo elas ocorreram e impulsionadas exatamente por quem. No entanto, sabe-se que os conflitos ocorridos a partir do final da guerra-fria, primordialmente nos anos 80 e anos 90, é que deram início aos debates e propostas de regulamentação do comércio de armas.

> A primeira Guerra do Golfo, os conflitos nos Balcãs, o genocídio em Ruanda em 1994 e conflitos na região dos Grandes Lagos na África, na África Ocidental, no Afeganistão e na América Central, entre outros – deram validade à urgência de progredir com as tentativas de controlar o comércio mundial de armas (Abdul-Rahim, 2015, p. 16).

A partir desses conflitos, algumas Organizações não Governamentais - ONG's em conjunto com alguns ganhadores do Prêmio Nobel tentaram promover um acordo que regulamentasse a transferência de armas. Por isso, esses são os atores considerados como os responsáveis por dar início ao debate sobre o controle de comercialização de armas, inclusive propondo em 1997 "Código Internacional de Conduta sobre Transferências de Armas" (Marqués; Jimenéz, 2014).

No entanto, o documento exarado por esse grupo não obteve a força necessária para se tornar o principal marco de regulamentação internacional do

[9] Arms Trade Treaty, ATT.

[10] "O presente Tratado entrará em vigor noventa dias após a data do depósito, junto ao Depositário, do quinquagésimo instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação."

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

comércio de armas. Porque, em primeiro lugar, o documento não teve tantas adoções quanto se pensava, contando apenas com a assinatura de alguns poucos países. E, em segundo lugar, como é comum a documentos dessa seara, o código não possuía força vinculante. Por sua vez, o referido código internacional não passava a credibilidade e o temor necessário para ser adotado como grande marco.

Levando em consideração a insuficiência do documento a União Europeia assinou ainda em 1998 o chamado "Código de Conduta Europeu sobre Exportação de Armas", ao mesmo passo em que ONGs começaram uma campanha ainda mais forte para a promoção de um documento deste tema e que tivesse "força" e interesse o suficiente para uma adoção em massa pelos países.

Ressalta-se aqui, também, a importância da "Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio Ilícito de Armas Pequenas e Leves em Todos os seus Aspectos" de 2001 onde então adotou-se o "Programa de Ação para Prevenir, Combater e Erradicar o Comércio Ilícito de Armas Pequenas e Ligeiras em Todos os seus Aspectos" (Marqués; Jimenéz, 2014).

De igual modo, o novo documento voltou a repetir as imperfeições dos anteriores e teve como principais pontos fracos a falta de vinculação e, em consequência disso, a falta de sanções aos países que o descumprissem. Além disso, vários assuntos considerados como de extrema importância por alguns países adotantes foram deixados de lado no documento (à exemplo da posse/porte de armas por civis). Sem embargo, o documento foi considerado como um dos alicerces para um futuro Tratado que regulamentasse o comércio armamentista (Marqués; Jimenéz, 2014).

Em 2003, o primeiro projeto do Tratado Internacional de Controle de Armas foi apresentado, e ganhou força com as campanhas dos "prêmios Nobel da paz" e das ONG's. Por conseguinte, em 2006, John Duncan[11] apresentou à assembleia geral das Nações Unidas a resolução A/RES/61/89. A resolução foi adotada com 153 votos a

[11] Duncan foi um dos mais famosos embaixadores do Reino Unido, e um dos principais expoentes da diplomacia no tema do desarmamento.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

favor em dezembro de 2006, apenas Estados Unidos da América votou contra e a Rússia e a China se Abstiveram.[12]

Após os trâmites dentro da própria ONU, a organização determinou que em 2012 seria realizada uma conferência acerca do Tratado sobre o Comércio de Armas. As primeiras negociações restaram infrutíferas, pois alguns países como Estados Unidos e Rússia exigiram mais tempo para tomar sua decisão. Após as negociações, e com certa dificuldade, em 2013 chegou-se a um acordo sobre o tratado, nas palavras de Rocha (2015, p. 16):

> Entre 18 e 28 março de 2013, aconteceu a Conferência Final. Todavia, mais uma vez não se conseguiu produzir um acordo bem-sucedido para o texto do Tratado ser aprovado por consenso, razão porque um grande número de Estados-Membros mobilizou-se para submetê-lo à Assembleia Geral e votá-lo o mais rapidamente possível. Enfim, após sete anos de negociações, na sua 67ª Sessão, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou, pela Resolução A/RES/67/234 B10, de 02 de abril de 2013, o texto do Tratado sobre Comércio de Armas (Arms Trade Treaty – ATT), negociado ao longo das duas Conferências da ONU, de 02 a 27 de julho de 2012 e de 18 a 28 de março de 2013, com o embaixador australiano, Peter Woolcott, tendo presidido a segunda delas.

Deste modo, o Tratado foi aberto para assinatura de todos os Estados-Membros da ONU em 03 de junho de 2013, determinando que em noventa dias após a 50ª assinatura ele entraria em vigor, fato que ocorreu em 24 de dezembro de 2014, como já mencionado.

Destaca-se que, apesar dos 154 votos favoráveis o tratado não foi aprovado por unanimidade. Síria, Coréia do Sul e Irã exararam votos contrários a aprovação. Além disso, países integrantes do BRICS como a Índia, China e Rússia se abstiveram de votar, e vários países árabes, dentre eles Egito e Arábia Saudita, também não votaram.

Na América do Sul, a Venezuela se ausentou da votação e outros países como Cuba e Bolívia se abstiveram. Contudo, Paraguai, Argentina e Uruguai votaram a favor. O Brasil também votou a favor, conforme será explicado a seguir.

---

[12] “Em 2006, 153 países aprovaram na Assembleia-Geral da A ONU o início das discussões do Tratado sobre Comércio de Armas (para conter o fluxo "ilegal" de armamentos). Somente EUA votaram contra e Rússia e China se abstiveram”. JANUÁRIO, Alex Luiz Schmidt; MARTELLO, Diego Pereira. OHARA, Igor Masaaki. **Comércio internacional de armas e o Brasil.** Centro Universitário Eurípides de Marília: Marília**.** Trabalho de Conclusão de Curso, 2008.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

1.2 A VOTAÇÃO, ASSINATURA E RATIFICAÇÃO PELO BRASIL

O Brasil assinou o Tratado sobre Comércio de Armas em 03 de junho de 2013, por meio do embaixador Antonio José Vallim Guerreiro, que à época era "Representante Permanente do Brasil junto à Conferência do Desarmamento" do governo Petista Dilma Roussef. Deste modo, ao celebrar o tratado naquela data, o Brasil cumpriu a primeira fase para a adoção de um tratado internacional pelo sistema legislativo brasileiro, ficando sujeito ao referendo do Congresso Nacional.[13]

O otimismo com o qual era visto a adoção do referido tratado parece não ter sido suficiente para fazê-lo passar por uma tramitação célere.[14] A Presidência da República submeteu o tratado assinado a avaliação/apreciação do Congresso Nacional em novembro de 2014. Seguindo o rito, foi apresentada ao plenário da Câmara dos Deputados para decidir em qual Comissão seria avaliada e, posteriormente, submetida ao plenário.

Desta forma, foi encaminhado à Comissão de Relações Exteriores e de Defesa nacional, Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado e para a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, de onde tramitou até fevereiro de 2016, encaminhado ao Plenário da Câmara e aprovado em dezembro de 2017. Em 22 de fevereiro de 2018 o Senado Federal encaminha à mesa direto da Câmara dos Deputados a aprovação do tratado, respeitando o trâmite constitucionalmente previsto.[15]

O Brasil depositou no dia 14 de agosto de 2018 o instrumento de ratificação do Tratado e passou a ser integrante do tratado no dia 12 de novembro daquele ano. Em síntese o Brasil levou 05 anos desde a sua assinatura para ratificar o Tratado.

---

[13] Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

[14] [..] "Com a assinatura já no primeiro dia, o Brasil demonstra claramente sua intenção de contribuir de maneira efetiva na criação de um comércio internacional de armas mais responsável" dizia então Daniel Mack, mestre em Relações Internacionais pela Universidade de Georgetown [...]
"O Brasil vai perdendo o bonde da história. E a culpa pela demora deve ser compartida pelas diversas instâncias, pois todos os responsáveis no Executivo (Casa Civil, Defesa, Itamaraty e Justiça) e no Legislativo vêm caminhando a passos de tartaruga, sem exceções", disse Mack ao Nexo. [...] CHARLEUAX, João Paulo. Por que o Brasil não ratifica o tratado internacional sobre comércio de armas. Jornal Nexo. 2016.

[15] Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

1.3 O OBJETIVO (E OS OBJETOS) DO TRATADO

Tão importante quanto saber o contexto de surgimento do tratado, o histórico das negociações e a participação do Brasil nesse movimento, bem como o procedimento interno que aconteceu no país, é conhecer o que de fato compõe o tratado e as suas delimitações. Por isso, este tópico visa balizar a atuação do Tratado sobre o Comércio de Armas.

O tratado tem como grande objetivo “prevenir e erradicar o comércio ilícito de armas convencionais e de evitar o seu desvio para o mercado ilícito ou para usos ou usuários finais não autorizados, incluindo a perpetração de atos terroristas”[16] e para atingir esse fim, é necessário que se faça algumas definições.

Em primeiro lugar, referindo-se a um tratado de armas é necessário destacar quais os armamentos são abrangidos pelo Tratado. Isso fica definido pelo artigo segundo, item 1, o qual determina que este documento abrange as armas convencionais das seguintes categorias: tanques de guerra, veículos de combate blindados, sistemas de artilharia de grande calibre, aeronaves de combate, helicópteros de ataque, navios de guerra, mísseis e lançadores de mísseis e armas pequenas e armamento leve.

Desta forma, fica mais claro quais são os armamentos objetos do tratado. E, assim, passa-se a analisar aquilo que - de acordo com o tratado em seu artigo 2º, item 2 – seria o Comércio: “as atividades de comércio internacional incluem a exportação, a importação, o trânsito, o transbordo e a intermediação, doravante referidos como "transferência"’. O artigo 2º, no item três, torna evidente que não configura comércio o “transporte internacional realizado por um Estado Parte, ou feito em seu nome, de armas convencionais para o seu próprio uso, desde que estas permaneçam sob posse desse Estado Parte.”

Ou seja, com a intenção de proteger direitos humanos, evitar genocídios, atos terroristas, massacres e entre outras atrocidades, bem como o “sofrimento humano”, o tratado surge para regulamentar (erradicar o comércio internacional ilícito de armas e evitar o desvio para usuários não autorizados) a transferência internacional de “armas convencionais”. Ainda que para um leigo os tanques de guerra, blindados,

[16] Conforme previsto no Preâmbulo.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

aeronaves, helicópteros e outros não pareçam convencionais.

1.4 CRÍTICAS AO TRATADO E ASPECTOS RELEVANTES DE SUA ADOÇÃO

O primeiro ponto a ser destacado como crítica ao tratado é em relação à sua adesão. Apesar da grande quantidade de votos favoráveis ao Tratado sobre o Comércio de Armas, alardeada e propagandeada pelos criadores do tratado e pela ONU, verifica-se, em análise mais aprofundada, que esse número avultante de signatários não foi diretamente proporcional ao número de países que ratificaram e aderiram ao tratado.

Com relação as cláusulas do tratado propriamente dito, os pontos que mais sofreram críticas foram os artigos terceiro[17] e quarto[18], que tratam das munições e das partes e componentes de armamentos, propriamente ditos.

Observa-se da leitura dos referidos artigos que competirá somente ao Estado exportador a regulamentação e o controle das munições propelidas pelas armas a que se refere o tratado e a regulamentação da exportação de partes e componentes de armas. Ou seja, em nenhum momento o tratado imputa ao importador a obrigação de controle das partes de arma e das munições que correspondem a um mercado tão lucrativo quanto, ou ainda mais lucrativo, que as armas convencionais propriamente ditas.

Outro ponto rem relação a esses itens, é que em momento algum foi proposto um sistema unificado de controle e regulamentação. Compete a cada estado parte “estabelecer e manter um sistema nacional”, ou seja, concede a possibilidade de que cada estado adote um sistema próprio, único e exclusivo seu. Tal fato, por si só, dificultaria não só o importante cruzamento de dados entre as nações como também a mera compreensão desses dados, pela simples falta de padronização dos sistemas. Se não há sistema unificado, não haverá padronização.

---

[17] “Artigo 3º. Munições. Cada Estado Parte estabelecerá e manterá um sistema nacional de controle para regular a exportação de munições disparadas, lançadas ou propelidas pelas armas convencionais elencadas no artigo 2º, parágrafo 1º, e aplicará as disposições dos artigos 6º e 7º antes de autorizar a exportação de tais munições.

[18] Artigo 4º. Partes e Componentes. Cada Estado Parte estabelecerá e manterá um sistema nacional de controle para regular a exportação de partes e componentes quando tal exportação permitir a fabricação das armas convencionais elencadas no artigo 2, parágrafo 1º, e aplicará as disposições dos artigos 6º e 7º antes de autorizar a exportação de tais peças e componentes.”

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

Essa mesma dificuldade fica mais evidente quando o tratado apresenta os artigos sobre a manutenção de registros e apresentação de relatório. O artigo 12[19], no item 1, impõe aos estados que mantenham os registros de suas exportações. Contudo, nos itens 2 e 3, o tratado apenas "encoraja" os estados partes a guardarem as informações sobre as importações, trânsito e transbordo dos armamentos.

Ou seja, não só o estado poderá decidir de que modo manterá os registros nacionais (tendo em vista que poderá o país delimitar os registros em conformidade com o seu arcabouço legislativo interno, sem que as leis precisem ser alteradas, baseado no princípio da soberania) como poderá decidir, também, se fará registro das importações, trânsito e transbordo das armas convencionais.

A liberdade conferida pelo tratado aos países em relação as atribuições de registro de dados é tanta que se vislumbra a possibilidade de o tratado ficar esvaziado no tocante a retenção de informações.

Além desses, o tratado gerou bastante controvérsia - principalmente com os Estados Unidos - no que concerne ao embate entre a regulamentação e controle de armas por meio de um tratado e o direito à propriedade e, principalmente, o direito à liberdade garantido pela segunda emenda da Constituição norte-americana. Apesar do próprio tratado garantir em seu preâmbulo o direito a soberania do estado para controlar as armas que se encontram em seu território os opositores ao tratado levantaram a questão de que a regulamentação das importações de armas feriria seu direito constitucional.[20]

Por fim, as duas maiores críticas que o tratado recebeu (e que se relacionam) foram as seguintes: o tratado teria privilegiado os exportadores, em detrimento dos

---

[19] "Artigo 12. Manutenção de Registros 1. Cada Estado Parte manterá registros nacionais, em conformidade com suas leis e regulamentos nacionais, das autorizações de exportação emitidas ou das exportações realizadas de armas convencionais elencadas no artigo 2º, parágrafo 1º.
2. "Encoraja-se cada Estado Parte a manter registros das armas convencionais elencadas pelo artigo 2º, parágrafo 1º, que tenham como destino final o seu território ou que sejam objeto de uma autorização de trânsito ou transbordo por seu território."

[20] A segunda emenda norte americana dita o seguinte: "*A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed*" e o TCA em seu preâmbulo Reafirmando o direito soberano de qualquer Estado de regular e controlar armas convencionais que se encontrem exclusivamente no seu território, de acordo com o seu próprio sistema legal ou constitucional,[...]". Claramente se vê nesse debate a insurgência daqueles que não querem quiçá pensar em uma hipótese de restrição de seu direito as armas, porque sabem que poderia se tornar algo ainda maior. Em tese, além da soberania dos Estados Unidos, os próprios direitos dos norte-americanos também seriam maculados.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

países menores; não há no tratado um sistema de resolução de controvérsias ou mesmo as sanções que serão aplicadas em caso de descumprimento. Desta forma, o tratado pode sofrer de falta de vinculação por parte dos estados, ou mesmo de uma vinculação que seja inócua, haja vista a falta de “regras do jogo”.

Os países produtores de armamento praticamente poderiam determinar essas “regras do jogo”. Como o tratado não estabeleceu objetivamente quais os critérios deveriam ser usados nas avaliações para exportação dos armamentos basicamente cada país exportador poderá adotar as suas próprias regras, definindo se as condutas são próprias ou impróprias. E o pior, com a falta de um sistema de controvérsia, não há como resolver os conflitos adequadamente (de maneira imparcial e sem subjugação).

À exemplo, por se tratar de uma regulamentação do comércio entre Estados o tratado não convencionou as exportações de um país para “atores não-estatais”. Ressalta-se que, por mais de uma vez ao longo da história já se viu conflitos internacionais começarem por grupos não-estatais que foram armados por países exportadores. [21]

Destacado o contexto histórico da criação do tratado, bem como da sua assinatura e ratificação pelo Brasil, além dos principais pontos, far-se-á uma análise sobre a indústria bélica brasileira e as exportações de armas pelo Brasil para, ao final, verificar quais os impactos desse Tratado no contexto brasileiro.

2 A EXPORTAÇÃO DE ARMAS NO BRASIL

2.1 HISTÓRICO DA INDÚSTRIA BÉLICA BRASILEIRA E DE SUAS EXPORTAÇÕES

Previamente à análise da indústria bélica brasileira atual é importante que se faça uma contextualização histórica desse setor. A história da indústria bélica brasileira começa a se sobressair com o período ditatorial brasileiro, também chamado

[21] “O comércio internacional de armas também passou por mudanças significativas, pela diminuição da participação dos governos e aumento do comércio privado de armas leves (lançadores de mísseis portáteis, rifles de alto calibre e antitanques) que abasteceu desde 1990 cerca de 50 conflitos mundiais, mais fortemente na África (NAÍM, 2006, p. 19). As grandes empresas produtoras de armas que vendiam para os governos foram substituídas por inúmeros comerciantes informais que não só abastecem conflitos regionais, mas exércitos privados, milícias e grupos guerrilheiros, sem esquecer do negócio da segurança particular, sempre crescente em tempos de violência.”

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

de “regime militar”. O período que durou de 1964 até 1985 foi de suma importância para esse setor.

Como não poderia ser diferente, o governo militar considerava essa indústria um dos pontos-chave para a sua política, julgando-a como altamente estratégica para a sua governança. Além dos aspectos de política interna, os anos 70 e seguintes foram bastante atribulados na política externa e, principalmente, nas negociações brasileiras com o Iraque.

O Oriente-médio e a África se tornaram grandes “clientes” das exportações de armas brasileiras, sendo certo que as guerras Irã-Iraque e a crise do petróleo[22] favoreceram a indústria brasileira.

Em conjunto com o período de fornecimento intenso de armamentos às regiões já mencionadas, o Brasil rompeu em 1977 um acordo de cooperação militar que mantinha com os Estados Unidos desde 1952. Nessa “cooperação” o Brasil se obrigava a receber equipamentos produzidos pelos norte-americanos e que já se encontravam obsoletos, bem como deveria se submeter as “gerências” dos Estados-unidos em bases navais e da aeronáutica brasileira[23]. Não obstante, o Brasil ainda fornecia outros tipos de benefícios como urânio e bens de menor valor (Amorim Júnior, 2001).

Ou seja, além de travar a própria produção de equipamentos militares face à necessidade de utilizar os equipamentos obsoletos fornecidos pelos norte-americanos, o Brasil desrespeitava noções básicas de compra de equipamentos de tecnologia. É fácil perceber que a simples absorção do equipamento pronto e de maneira isolada, ainda que atual, em nada acrescenta à pesquisa ou faz avançar a tecnologia do próprio país. É considerado como erro estratégico grave, então, adquirir produtos obsoletos (Amarante, 2012). É claro que, a aceitação de um tratado nesses moldes se coadunava com a política do momento, de tentativa de alinhamento com os norte-americanos (e que parece estar sendo revivida).

---

[22] A crise dos combustíveis aconteceu entre 1973-74. O Brasil, como vários outros países, dependia do fornecimento de petróleo iraquiano, e conseguiu “abater” seus gastos por meio da exportação de armas para esse país.

[23] Para Svartman, “A implementação do acordo sedimentou a profunda dependência de meios de força brasileiros em relação às remessas estadunidenses neste período.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

Fato é que a denúncia ao tratado e a interrupção do recebimento de equipamentos obsoletos impulsionaram a indústria bélica brasileira. Acrescenta-se a isso, os acordos assinados pelo governo brasileiro com empresas europeias para adquirir tecnologia moderna. Passando, assim, a desenvolver as próprias pesquisas com a intenção de exportar esses equipamentos (Amorim Júnior, 2001).

Deste modo, o Brasil saiu de uma indústria bélica praticamente inexistente nos anos 1950 e 1960, para se tornar um fornecedor bastante robusto no cenário internacional entre os 1970 e 1980.

> Dentre os acontecimentos mais importantes do mercado mundial de armamento convencional avançado durante o boom armamentista do decênio de 1970 destacou-se o surgimento e consolidação de um crescente número de fornecedores ou provedores – eis o caso do Brasil. Efetivamente, em uma década (1975-1985) o Brasil tornou-se um dos dez mais importantes fornecedores ou provedores de armamento convencional avançado do mundo (Ávila, 2009, s/p).

Ávila destaca os principais números da indústria brasileira de armamentos na década de 80, ressaltando a quantidade de empresas (com destaque para aquelas com investimento do estado)[24] e os valores de exportação:

> Paralelamente, no início da década de 1980, o complexo industrial-militar brasileiro estava constituído por mais de 300 empresas vinculadas direta ou indiretamente à produção de material de emprego militar. A indústria de armamentos brasileira empregava por volta de 100 mil pessoas. Aglutinava uma economia calculada em quatro bilhões de dólares, incluindo valores expressivos por conceito de exportações anuais – estima-se que durante o decênio de 1980 tais exportações flutuaram anualmente entre os US$ 200 milhões e US$ 1 bilhão. Aeronaves, veículos blindados e artilharia, sistemas de navegação e radar, mísseis, navios de guerra e armas ligeiras (espingardas, pistolas, granadas) formavam parte dos inventários disponíveis no país. Vale acrescentar, ainda, que mais de 70% da produção brasileira de armamento era destinada ao mercado internacional (Ávila, 2009, s/p).

Após o grande aumento de exportações e consequentemente produção e armamentos no Brasil na década de 1980, a produção começou a desabar no início dos anos 90. Nesse período, um dos grandes fatores que causava a importação de armas – a Guerra Fria – chegou ao fim. Aliado a esse fator de diminuição de

[24] “O Brasil conseguiu consolidar-se nesse competitivo mercado internacional devido ao fortalecimento da indústria da defesa e a uma eficiente associação do estado com as empresas públicas – como a Empresa Brasileira de Aeronáutica (EMBRAER) –, privadas – como a Engenheiros Especializados (ENGESA) – e mistas.”

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

importação (desaquecimento do mercado armamentista) o governo brasileiro não desenvolveu políticas para garantir que esse mercado fosse sustentável.

À exemplo disso, como bem destaca MORAES, uma das principais empresas da indústria bélica brasileira – a ENGESA – faliu no ano de 1993[25], e outras empresas como AVIBRAS e EMBRAER apenas se sustentaram porque atuavam em outros ramos do mercado e, por isso, produziam equipamentos não-militares.

Já no começo dos anos 2000, o Brasil voltou a obter crescimento nas exportações bélicas com as políticas adotadas pelo governo do então presidente - Lula. A partir do início da era petista no governo do País diversos setores da indústria brasileira receberam maiores investimentos e benefícios. Não foi diferente com a indústria bélica que começou a ressurgir por meio dos grandes financiamentos feitos (e que não eram exclusividade desse setor) pelo Banco Nacional do desenvolvimento, o BNDES[26].

Conforme se pode perceber no gráfico abaixo do *Stockholm International Peace Research Institute*, os movimentos das exportações brasileiras em relação a sua indústria bélica são exatamente os destacados ao longo do artigo.

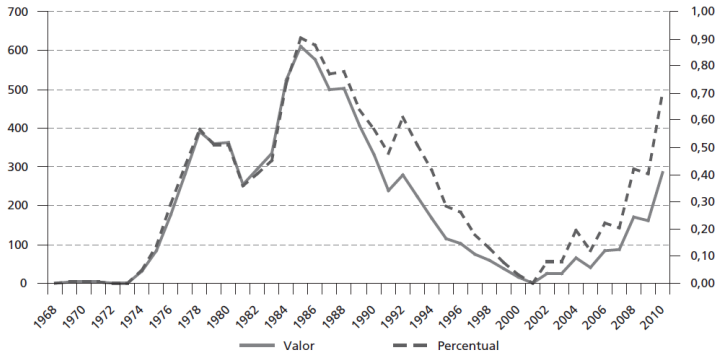
[25] "No início dos anos 90, o fracasso da venda do MBT Osório para a Arábia Saudita, o fim do ciclo militar em nossa governança executiva, o fim da guerra fria e a "expressiva" oferta e venda dos antigos espólios bélicos, outrora comunistas, o embargo a seu melhor cliente Saddam Hussein e a Primeira Guerra do Golfo ou "Operação Tempestade no Deserto" e o descaso com a quebradeira geral e falência do setor bélico nos governos Collor e Itamar arruinaram as chances de recuperação desta empresa no cenário industrial." WELFER, Rafael Luciano. A história da indústria militar brasileira: organizações, complexo industrial e mercado durante o século XX. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação, com vistas à graduação no Curso de Licenciatura de História da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. 2014, p. 65.

[26] Assim explica MAGALHÃES ao longo de sua tese: "Após o desmantelamento da indústria brasileira de defesa nos anos 1990, os Governos de Lula e Dilma lançaram mão de uma série de iniciativas para revitalizar o setor bélico nacional. Além dos programas de compras governamentais que visaram produzir um "choque de demanda", uma das mais importantes iniciativas para viabilizar o processo de revitalização da Base Industrial de Defesa consistiu na ampliação do mercado externo ao setor produtivo de armas, isto é, na reinserção da indústria bélica brasileira no oligopolizado mercado global de produtos de defesa." MAGALHÃES, David Almstadter Mattar de. A política brasileira de exportação de armas no contexto da revitalização da base industrial de defesa. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Relações Internacionais da Universidade Estadual Paulista "Júlio De Mesquita Filho" (Unesp), 2016. São Paulo.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

GRÁFICO 1
Exportações brasileiras de equipamentos militares (1968-2010)
(Médias móveis para os três anos anteriores: US$ milhões a preços de 2010 e percentual sobre o total mundial)



Fonte: Sipri.
Elaboração do autor.

Em primeiro lugar, nota-se a saída do índice zero de exportações que foi iniciada ao longo dos anos da ditadura militar, posteriormente, próximo a época da referida denúncia ao tratado de cooperação, uma alavancada. Após uma breve descida, a subida ao longo dos anos 80 – considerado o melhor período da indústria bélica brasileira - e, posteriormente, percebe-se a derrocada a partir disso. O processo de desindustrialização da indústria bélica começou a ser combatido com o governo do ex-presidente Lula, em 2005, e, após isso, verifica-se um crescimento.

2.2 CONTEXTO ATUAL, DADOS, VALORES E IMPORTÂNCIA DA INDÚSTRIA BÉLICA

Como se identificou no tópico anterior a indústria bélica, diferente de outros setores econômicos do Brasil (mas semelhante a indústria brasileira em geral) nunca teve completa estabilidade em seu crescimento. Esse mercado, para o país, sempre foi dotado de altos e baixos em termos de produção e exportação.

Por isso, apesar da grande relevância e necessidade de compreendermos ainda que de forma sucinta a história da indústria bélica no Brasil, somente é possível medir os impactos do “Tratado sobre o Comércio de Armas” no Brasil entendendo o contexto atual da indústria brasileira.

Em primeiro lugar, deve ser feita uma nota sobre a lei federal 10.826 de 2003. Mesmo com o referendo de 2005, em que a população votou contra a proibição da comercialização das armas de fogo e munição (em prejuízo do artigo 35 da referida lei) a comercialização bélica para civis ficou bastante complexa. Apenas as pessoas

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

que cumprem uma série de requisitos, previstos naquela legislação, é que estão aptas para a compra. Como decorrência disso, apenas uma porcentagem bastante diminuta da população está adequada para adquirir esse tipo de produto.

Tendo em vista que o possível público alvo para a indústria bélica dentro do brasil é bastante pequeno, passa a ser óbvio o fato de que a maior parte da produção nacional é destinada justamente à exportação.

Em dados de 2015 o Brasil se encontrava entre os cinco maiores exportadores de armas pequenas do mundo, conforme Asano (2015, p. 42):

> [...] o Brasil é o quarto maior exportador mundial de armas pequenas, decorrência direta da existência de uma indústria de armas de pequeno porte próspera e influente, resultado de políticas de fomento nos anos 70, durante o período de ditadura militar no país (1964-1985).

Os principais importadores de armas do Brasil são os Estados Unidos da América (que também ocupa o posto de principal exportador mundial) que compram principalmente armas leves como pistolas e, em segundo lugar, a Arábia- Saudita, que vem ocupando esse posto há alguns anos, principalmente após a entrada na guerra do Iêmen (Csicatti, 2016).

Destaca-se que o Brasil possui uma política de exportações bastante obscura, isso acarreta dois fatores bastante importantes para o presente artigo. O primeiro deles, é a falta de fontes oficiais sobre as exportações dessa indústria. Não há uma fonte oficial sobre os dados de importações e exportações sobre armas no Brasil. Muito menos sobre aquelas que são matéria do Tratado tema deste artigo.

O segundo fato a ser considerado é que, justamente essa obscuridade ou a considerada “falta de transparência” dos dados de exportação e importação é que é um dos mecanismos a serem combatidos pelo tratado para que se consiga, então, chegar a sua finalidade: a proteção dos direitos humanos.

> [...] Os detalhes sobre as exportações de armamentos brasileiros, incluindo os critérios adotados para autorização das vendas, são desconhecidos ao cidadão comum. A razão: a política que regula a exportação de armas e munições pelo Brasil, a Pnemen, é baseada em documento secreto, em vigor desde a década de 1970 (Nascimento, 2017, s/p).

Destaca-se, novamente, a dificuldade em obter dados confiáveis. Sabe-se, que o país é um grande exportador, estima-se valores, porém é impossível afirmar

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

quais os valores exatos de exportação de armamentos do Brasil. Ainda mais complicado é afirmar os valores exclusivamente das categorias de armas de que tratam o tratado. Por isso, justifica-se a utilização de dados trazidos por jornais de circulação nacional. A exemplo:

> O Brasil está no pódio. O país exportou, em 2014, ao menos 591 milhões de dólares em armas leves, tais como metralhadoras, pistolas, lança-foguetes portáteis, munições e outros, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da Itália. No entanto, entidades que monitoram o comércio global de armamentos veem poucos motivos para comemorar este inédito terceiro lugar - antes ficávamos atrás da Alemanha também. De acordo com o relatório Fora das Sombras, divulgado pela ONG Small Arms Survey, somos um dos menos transparentes com relação a estas exportações (Alessi, 2017).

E:

> US$ 288.633.575. Ou quase US$ 300 milhões. Este foi o valor total das exportações de armas e munições pelo Brasil entre janeiro e agosto de 2017, de acordo com o Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (Nascimento, 2017, s/p).

Nesse sentido, é possível encontrar outras inúmeras fontes com dados similares a esses. Mas, reitera-se que não há dados oficiais sobre o período.[27] O que se constata é que atualmente o Brasil ocupa postos relativamente importantes nas negociações de armamentos internacionais e, que muitas vezes, essas negociações são feitas de maneira obscura. Tal fato vai de encontro com os objetivos do tratado que visa dar maior transparência a essas transações com a finalidade de evitar violações aos direitos humanos.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS E OS IMPACTOS DO TRATADO PARA O BRASIL E PARA A SUA POLÍTICA

Como se viu ao longo do presente artigo o Tratado Internacional sobre o Comércio de Armas passou por inúmeras dificuldades desde o momento de sua criação até a sua aprovação. Foi negociado e aperfeiçoado durante vários anos.

[27] A exemplo de matéria do Estadão “Brasil passar a ser 3º maior exportador de armas leves” de Jamil Chade, publicada em 2017; matéria da revista exame “Brasil é o 3º maior exportador de armas pequenas, diz relatório”; do Grupo Folha: “Exportação de armas brasileiras em 2017 foi a maior da história”; BBC “Enquanto Obama pede desarmamento, Brasil eleva em 46% venda de armas aos EUA”

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

Mesmo o lento amadurecimento do tratado não impediu que ele fosse alvo de inúmeras críticas por parecer “provisório”. Como se viu, vários países deixaram de o assinar ou mesmo ratificar por constatarem, ao seu ver, inúmeros problemas.

Entre esses problemas se destacam principalmente a “parcialidade” do tratado, que privilegiaria os grandes países em detrimento dos menores. Além da falta de um sistema unificado/padronizado que pudesse cruzar informações, emitir dados mais seguros dentre outros benefícios. E, também, a falta de caráter sancionatório, fato comum previsto na maioria dos tratados.

Destaca-se de mesmo modo a rejeição de assinatura por vários países e a demora na ratificação por outros, à exemplo do Brasil. Conforme explicado, o Brasil demorou mais de cinco anos para a ratificação do tratado. Nesse período, entre a aprovação e a ratificação, o Brasil se beneficiou sobremaneira da obscuridade de suas exportações dos produtos que são objetos do tratado.

Isso ficou bastante demonstrado justamente pela falta de fontes informativas dos números de exportação das armas convencionais brasileiras, que são distribuídas de maneira quase que indiscriminadamente (e obscuramente) a diversos países em conflito com os direitos humanos, violando justamente o objetivo principal do tratado. Frise-se o país perdurou entre os quatro maiores exportadores de armas leves do mundo justamente nesse intervalo.

Atualmente, os Estados Unidos são os maiores importadores de Armas da indústria bélica brasileira, arrematando quase metade do potencial de exportação. O governo norte-americano, apesar de ter assinado o acordo internacional, nunca o ratificou. E em abril de 2019 o mundo assistiu o seu presidente, Donald Trump, retirar o país, publicamente, do acordo[28].

Ou seja, o país que é o maior importador de armas do Brasil e o maior exportador mundial de armas decidiu não ratificar o acordo e anunciou publicamente ser contrário ao documento por ferir a sua “soberania”.

---

[28] https://www.cartacapital.com.br/mundo/trump-retira-eua-de-tratado-da-onu-para-regular-comercio-de-armas/ e https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/04/27/por-que-trump-quer-tirar-os-eua-do-tratado-internacional-de-comercio-de-armas-da-onu.ghtml

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

Tanto para o Brasil, quanto para o mundo o impacto gerado pela decisão norte-americana é bastante grande. Em primeiro lugar, isso significa dizer que o Brasil, ao ter um único comprador que arremata 50% de seus produtos do setor, fica refém das condições impostas por esse comprador. Haja vista que, se os Estados Unidos deixarem de comprar as armas do país, o Brasil ficará com uma indústria que produz, mas que não consegue escoar a quantidade.

Isto é, ao não participar do Tratado os Estados Unidos não fica submetido ao Controle de armas e muito menos tem a necessidade de transparência e publicação de seus números de exportação e importação. Tal fato implica dizer que existe a possibilidade de que o Brasil não consiga publicar os dados referente as exportações para esse país, por exemplo.

Além disso, o Brasil vive um momento de incertezas quanto à possibilidade de ampliação do uso de armas pela população. O atual presidente brasileiro, Jair Bolsonaro, já declarou em diversas oportunidades (inclusive publicando decretos de maneira quase que indiscriminada) sua pretensão de ampliação do rol de cidadãos capazes de obter o porte e a posse de arma.

A ampliação do rol de capazes de adquirir armas teria impacto tanto na exportação brasileira – ao passo que a indústria brasileira que hoje tem seus olhos voltados para a exportação poderia passaria a observar com maior entusiasmo o mercado interno – bem como para a importação, afinal de contas o mandatário já se manifestou inúmeras vezes sobre sua intenção de “abrir” esse mercado.

Em síntese, observa-se que na prática a assinatura do tratado pelo Brasil e a sua ratificação tiveram poucos impactos na indústria brasileira até o momento. O que de certa forma era previsível, haja vista que o conteúdo do tratado não se coaduna com a ideologia da política de governo brasileira atual.

Esperava-se que, com esse tratado, tanto o Brasil quanto outros países passassem a fornecer dados de seus comércios internacionais, com a finalidade de evitar ofensas a Direitos Humanitários, como genocídios e guerras-civis. No entanto, o que se obteve até agora foi uma inércia do governo brasileiro com o presente tratado tornando-o praticamente sem efeitos até o momento.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

REFERÊNCIAS

ABDUL-RAHIM, Rasha; WOOD, Brian. Nascimento e Coração do Tratado sobre o Comércio de Armas. **Revista Sur**: Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 12, n. 22. 2015

ALESSI, Gil. MARTÍN, Maria. Brasil, um grande e nebuloso vendedor de armas até para ditadores e Governos autoritários. **El País.** Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/15/politica/1505499172_880938.html Acesso em: 08 jan. 2020.

AMARANTE, José Carlos Albano. Processos de obtenção de tecnologia militar. **Revista IPEA**, ISSN 1415-4765, Brasília, agosto de 2012.

AMORIM JÚNIOR, Wanderley Ferreira de. Indústria Bélica Brasileira: Subsídios para uma avaliação. **Revista Militar de ciência e tecnologia.** Vol. XVIII- 3º Quadrimestre de 2001. Disponível em: http://rmct.ime.eb.br/arquivos/RMCT_3_quad_2001/ind_belica_bras_subsid_aval.pdf Acesso em: 01 de set. 2019.

AVILA, C. F. D. Armas brasileiras na América Central: um estudo sob a perspectiva da Política Nacional de Exportação de Material de Emprego Militar. Belo Horizonte: UFMG, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script =sci_arttext&pid=S0104-87752009000100015&lng=es&nrm=iso&tlng=es>. Acesso em: 19/06/2013. Acesso em: 01 nov. 2019.

BRASIL. **Tratado sobre o Comércio de Armas.** Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2018/decretolegislativo-8-15-fevereiro-2018-786167-tratado-154861-pl.html> Acesso em: 20 nov. 2019.

CHADE, Jamil. Brasil passar a ser 3º maior exportador de armas leves. **O Estadão** Disponível em: https://economia.estadao.com.br/noticias/negocios,brasil-passa-a-ser-3-maior-exportador-de-armas-leve,70001993277. Acesso em: 17 jan. 2020.

CHARLEUAX, João Paulo. Por que o Brasil não ratifica o tratado internacional sobre comércio de armas. **Jornal Nexo.** 2016. Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/06/12/Por-que-o-Brasil-n%C3%A3o-ratifica-o-tratado-internacional-sobre-com%C3%A9rcio-de-armas. Acesso em: 23 set. 2019.

CISCATTI, Rafael. Em dois anos, Brasil aumenta em 7 vezes venda de armas leves para Arábia Saudita. **Revista Época,** 2016. Disponível em: https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2016/01/em-dois-anos-brasil-aumenta-em-7-vezes-venda-de-armas-leves-para-arabia-saudita.html. Acesso em: 07 jan. 2020.

FELLET, João. Enquanto Obama pede desarmamento, Brasil eleva em 46% venda de armas aos EUA. **BBC.** Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160107_exportacao_armas_eua_brasil_jf_ab. Acesso em: 25 jan. 2020.

FRIAS, Maria Cristina. Exportação de armas brasileiras em 2017 foi a maior da história. **Folha de São Paulo.** Disponível em:

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

https://www1.folha.uol.com.br/colunas/mercadoaberto/2018/01/1949963-exportacao-de-armas-brasileiras-em-2017-foi-a-maior-da-historia.shtml. Acesso em: 13 jan. 2020.

Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras en Todos sus Aspectos. Nueva York, 9 a 20 de julio de 2001, A/CONF.192/15(SUPP).

JANUÁRIO, Alex Luiz Schmidt; MARTELLO, Diego Pereira. OHARA, Igor Masaaki. **Comércio internacional de armas e o Brasil.** Centro Universitário Eurípides de Marília: Marília**.** Trabalho de Conclusão de Curso, 2008.

MAGALHÃES, David Almstadter Mattar de. **A política brasileira de exportação de armas no contexto da revitalização da base industrial de defesa.** Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Relações Internacionais da Universidade Estadual Paulista “Júlio De Mesquita Filho” (Unesp), 2016. São Paulo.

MARQUÉS Germán Gómez; JIMENÉZ, Juan Manuel Bautista. **El Proceso hacia el Tratado sobre el Comercio de Armas.** Universidad de Salamanca, 2014. Disponível em: https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/124435/TG_GomezMarques_Proceso.pdf;jsessionid=69C95C9083B88DF40AC66CE63317EEF0?sequence=1 Acesso em: 07 nov. de 2020.

MORAES, Rodrigo Fracalossi. A inserção externa da indústria brasileira de defesa: 1975-2010. **Revista IPEA**, ISSN 1415-4765, Brasília, fevereiro de 2012.

NASCIMENTO, Jefferson. Armas: a caixa de Pandora das exportações brasileiras **Jornal Nexo.** 12 de setembro de 2017. Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2017/Armas-a-caixa-de-Pandora-das-exporta%C3%A7%C3%B5es-brasileiras1. Acesso em: 08 mar. 2020.

ROCHA, Fernando Carlos Wanderley. **Considerações relativas à ratificação do tratado sobre comércio de armas.** Estudo feito para a Câmara dos Deputados, 2015.

WELFER, Rafael Luciano. A história da indústria militar brasileira: organizações, complexo industrial e mercado durante o século XX. **Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação, com vistas à graduação no Curso de Licenciatura de História da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul.** 2014.

Brasil é o 3º maior exportador de armas pequenas, diz relatório. **Revista Exame.** Disponível em: https://exame.abril.com.br/economia/brasil-e-o-3o-maior-exportador-de-armas-pequenas-diz-relatorio/. Acesso em: 17 jan. 2020.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM EQUILÍBRIO ENTRE GARANTISMO E ATIVISMO

THE ROLE OF THE JUDICIARY IN THE ACHIEVEMENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS: A BALANCE BETWEEN GUARANTEE AND ACTIVISM

Carline Aparecida Colla Silva[29]
Eduardo Biavatti Lazarini[30]

RESUMO: Este artigo aborda a intersecção entre direito e justiça, explorando as correntes garantistas e ativistas na jurisprudência contemporânea. A pesquisa analisa como essas abordagens moldam o papel do Judiciário na administração da justiça e na efetivação dos direitos fundamentais. O estudo discute as críticas e defesas de ambas as correntes, destacando a necessidade de equilibrar garantismo e ativismo para promover uma justiça democrática e eficaz. Além disso, contextualiza o debate com questões políticas e sociais, enfatizando a importância da interpretação constitucional progressista, do constitucionalismo rígido e do papel do Judiciário. Ao definir ativismo judicial, percebe-se que ele se refere à atuação proativa dos juízes na criação e interpretação do direito, muitas vezes ultrapassando a simples aplicação da lei. Esse fenômeno veio a ganhar destaque no Brasil após a Constituição de 1988, especialmente em resposta à inércia dos poderes Legislativo e Executivo. Contudo, essa postura tem gerado debates sobre a compatibilidade com a separação dos poderes e os limites da atuação judicial, ressaltando a necessidade de cautela e equilíbrio na intervenção do Judiciário. Em contrapartida, percebe-se que a teoria garantista, desenvolvida por Luigi Ferrajoli, defende um modelo jurídico que visa proteger os direitos fundamentais dos cidadãos, limitando o poder do Estado. O garantismo emerge como resposta aos abusos estatais, especialmente no campo do direito penal, onde busca enfatizar a legalidade, a presunção de inocência e a individualização da pena. Essa teoria também critica a aplicação desproporcional do poder judiciário e o ativismo judicial, destacando a importância de um sistema jurídico que respeite estritamente as leis e a Constituição, equilibrando liberdade e segurança, e promovendo uma justiça penal humanizada e justa. Assim, é possível perceber que ambas as correntes, ativista e garantista, contribuem para uma atuação eficaz do sistema Judiciário, de modo a efetivar os direitos fundamentais dos cidadãos na sociedade contemporânea.

[29] Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Univel. Endereço eletrônico: carlinecollasilva@gmail.com
[30] Professor do curso de Direito do Centro Universitário Univel. Mestre em Direito, Inovações e Regulação pelo Centro Universitário Univel. Endereço eletrônico: lazarinie@univel.br

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

PALAVRAS-CHAVE: neoconstitucionalismo, ativismo, garantismo, direitos fundamentais.

ABSTRACT: This article addresses the intersection between law and justice, exploring the guarantorist and activist currents in contemporary jurisprudence. The research analyzes how these approaches shape the role of the Judiciary in the administration of justice and in the enforcement of fundamental rights. The study discusses the criticisms and defenses of both currents, highlighting the need to balance guarantorism and activism to promote democratic and effective justice. In addition, it contextualizes the debate with political and social issues, emphasizing the importance of progressive constitutional interpretation, rigid constitutionalism, and the role of the Judiciary. When defining judicial activism, it is clear that it refers to the proactive role of judges in the creation and interpretation of law, often going beyond the simple application of the law. This phenomenon came to prominence in Brazil after the 1988 Constitution, especially in response to the inertia of the Legislative and Executive branches. However, this stance has generated debates about the compatibility with the separation of powers and the limits of judicial action, highlighting the need for caution and balance in the intervention of the Judiciary. In contrast, it is clear that the guarantor theory, developed by Luigi Ferrajoli, defends a legal model that aims to protect the fundamental rights of citizens, limiting the power of the State. The guarantor theory emerges as a response to state abuses, especially in the field of criminal law, where it seeks to emphasize legality, the presumption of innocence and the individualization of punishment. This theory also criticizes the disproportionate application of the judiciary and judicial activism, highlighting the importance of a legal system that strictly respects the laws and the Constitution, balancing freedom and security, and promoting a humane and fair criminal justice system. Thus, it is possible to see that both currents, activist and guarantor, contribute to an effective performance of the Judiciary system, in order to enforce the fundamental rights of citizens in contemporary society.

KEYWORDS: neoconstitutionalism, activism, guarantee, fundamental rights.

1 INTRODUÇÃO

A intersecção entre o direito e a justiça é frequentemente moldada por diferentes correntes doutrinárias, que delineiam as abordagens sobre o papel e os poderes do sistema judiciário. No cerne deste embate, encontram-se duas correntes de pensamento que desempenham papéis significativos na moldagem da jurisprudência contemporânea: o garantismo e o ativismo.

Esta pesquisa se propõe a explorar a complexidade desse embate, analisando as nuances e implicações decorrentes das abordagens garantistas e ativistas. Ao examinar essas perspectivas, será possível destacar não apenas como elas

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

influenciam a atuação do judiciário, mas também suas profundas implicações para a administração da justiça na efetivação dos direitos fundamentais.

Serão abordadas críticas e defesas de ambas as correntes, oferecendo uma análise detalhada das preocupações levantadas neste estudo. Além disso, será discutido como a busca por um equilíbrio entre garantismo e ativismo é essencial para promover uma justiça eficaz e democrática em sociedades contemporâneas, reconhecendo a importância tanto da imparcialidade nas tomadas de decisão, quanto da interpretação progressista dos valores fundamentais.

Esta pesquisa contextualiza o debate, relacionando-o com questões políticas e sociais, como o papel do Judiciário e a extensão de sua atuação na sociedade. Ao citar as visões de estudiosos do direito, serão apresentados argumentos a favor e contra o aumento dos seus poderes, oferecendo uma análise crítica das duas perspectivas.

O problema desta pesquisa pode ser formulado por meio do seguinte questionamento: Como o debate entre garantismo e ativismo judicial influencia na atuação do Judiciário e na efetivação dos direitos fundamentais no contexto da sociedade contemporânea? Desse modo, busca-se compreender as implicações dessas duas correntes para a administração da justiça, explorando suas críticas, defesas e o equilíbrio necessário entre ambas para promover uma justiça eficaz e democrática.

Em suma, o objetivo é fornecer uma visão abrangente do embate entre garantismo e ativismo, destacando suas implicações e contribuições para o exercício das funções judiciais e para a busca por um equilíbrio saudável no sistema judiciário na concretização dos direitos fundamentais.

Este artigo está estruturado da seguinte forma: relação entre Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo Rígido, definição de ativismo judicial, análise de como o ativismo judicial tem sido utilizado para proteger e garantir direitos fundamentais, definição de garantismo judicial, como o garantismo judicial se manifesta na defesa dos direitos fundamentais; apresentando críticas e defesas às teorias ativista e garantista, concluindo com um breve resumo das principais

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

discussões apresentadas e sugerindo que o equilíbrio entre essas duas perspectivas auxilia na atuação eficaz do judiciário.

A relevância deste estudo é evidente, pois fundamenta a compreensão do ativismo e do garantismo como abordagens essenciais no contexto jurídico brasileiro, considerando sua relação intrínseca com a interpretação e aplicação da legislação em prol da justiça e da equidade.

2 O NEOCONSTITUCIONALISMO E O CONSTITUCIONALISMO RÍGIDO

O neoconstitucionalismo, ou novo direito constitucional, surgiu na Europa durante a segunda metade do século XX e, no Brasil, após a Constituição de 1988. Seu desenvolvimento ocorreu em um ambiente filosófico marcado pelo pós-positivismo, trazendo como principais transformações teóricas o reconhecimento da força normativa da Constituição, a ampliação da jurisdição constitucional e a criação de novas categorias de interpretação constitucional.

Esse processo resultou na constitucionalização do Direito, que se manifesta na disseminação dos valores presentes nos princípios e regras constitucionais por todo o sistema jurídico, especialmente por meio da jurisdição constitucional em suas várias instâncias. Com isso há a aplicação direta da Constituição em diversas situações, a invalidação de normas incompatíveis com ela e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais em conformidade com a mesma, o que ajusta seu significado e alcance.

Nas palavras do Ministro Luis Roberto Barroso:

> O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) com o marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) com o marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) com o marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito (Barroso, 2014).

Esse movimento, aliado ao aumento da demanda por justiça na sociedade brasileira e à ascensão do Poder Judiciário, intensificou a judicialização das relações

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

políticas e sociais no país. Esse cenário reforçou a importância do debate constitucional sobre o equilíbrio entre a supremacia constitucional, a interpretação judicial da Constituição e o processo político majoritário. Desse modo, o atual contexto acentua o papel do Supremo Tribunal Federal, especialmente devido à crise de legitimidade enfrentada pelos Poderes Legislativo e Executivo, que se configura não apenas como um fenômeno temporário, mas como uma disfunção institucional crônica.

Consoante se pode depreender das considerações anteriores, o neoconstitucionalismo implica a possibilidade de se proceder a uma leitura moral da Constituição no sentido de uma interpretação criativa ou construtiva que não apenas revela novos direitos, mas principalmente, alarga o campo de cabimento e proteção daqueles já existentes. Fala-se aqui em um novo modo de interpretar a Constituição, ou seja, de um crescente ativismo judicial progressista e inovador na efetivação dos princípios constitucionais.

De acordo com Rossi e Pamplona:

> A atividade jurisdicional envolve necessariamente a aplicação da Constituição no cumprimento de suas normas e, principalmente, na efetivação dos direitos fundamentais. O Poder Judiciário, como aplicador da lei ao caso controvertido e hoje, também no papel de garante dos direitos fundamentais, deve sempre fazê-lo em conformidade à Constituição e da maneira que melhor realize os fins constitucionais. Não obstante, o protagonismo do Judiciário no contexto do neoconstitucionalismo não fica a margem das críticas. A diminuição do espaço de atuação do Poder Executivo e, especialmente, do Poder Legislativo, visto que o Judiciário tem atuado em espaços deixados por ambos, têm gerado uma série de debates e críticas na doutrina (Rossi; Pamplona, 2013).

Como se sabe, a atividade jurisdicional envolve necessariamente a aplicação da Constituição no cumprimento de suas normas e, principalmente, na efetivação dos direitos fundamentais. O Poder Judiciário, como aplicador da lei ao caso controvertido e hoje, também, no papel de garantidor dos direitos fundamentais, deve sempre fazê-lo em conformidade à Constituição e da maneira que melhor realize os fins constitucionais.

Diferente disso, a concepção garantista, que comporta o reconhecimento de uma normatividade forte das constituições rígidas, em razão da qual, dado um direito fundamental constitucionalmente estabelecido, não devem existir normas com ele em

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

contradição, devendo existir o dever correspondente na esfera pública. Essa corrente doutrinária acredita, então, que aderir à concepção garantista é a medida necessária para assegurar a efetividade dos processos democráticos.

Luigi Ferrajoli (2002), defensor do garantismo, sustenta que o constitucionalismo rígido não é uma superação, mas sim uma contribuição do positivismo jurídico. Representa o ser e o dever ser do Estado, complementando o Estado de Direito, haja vista que comporta submissão, inclusive do Legislativo, ao direito e ao controle de constitucionalidade.

Ferrajoli critica o neoconstitucionalismo e a prática de ponderação, que enfraquece o caráter cognitivo da jurisdição e facilita o ativismo judicial. A ponderação legislativa pode levar à decisões que contrariam a hierarquia das fontes e a Constituição. A interpretação sistemática pelos juízes pode transformar o poder criativo em poder de disposição, o que é ilegítimo e compromete a separação dos poderes e a integridade do Estado de Direito.

Apresenta Ippolito:

> Garantismo é, em primeiro lugar, o “caráter próprio das constituições democrático liberais mais evoluídas, consistente no fato que essas estabelecem instrumentos jurídicos sempre mais seguros e eficientes (como o controle de constitucionalidade das leis ordinárias) com a finalidade de assegurar a observância das normas e dos ordenamentos por parte do poder político (governo e parlamento)”. Em segundo lugar, é a “doutrina político-constitucional que propõe uma sempre mais ampla elaboração e introdução de tais instrumentos”. Poder-se-ia parafrasear: (i) garantismo como dimensão específica do constitucionalismo rígido, (ii) garantismo como teoria normativa do constitucionalismo rígido (Ippolito, 2011).

O constitucionalismo rígido, desse modo, limita e vincula de modo bem mais forte o Poder Judiciário em conformidade com os princípios da separação de poderes e com a natureza tanto mais legítima, quanto mais cognitiva da jurisdição. Assim, os juízes não podem criar normas, mas unicamente censurar a sua invalidade por violação à Constituição, anulando-as no âmbito da jurisdição constitucional, ou ainda, deixando de aplicá-las ou suscitando exceções de inconstitucionalidade.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

3 ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial tem sido objeto de análise no contexto da doutrina neoconstitucionalista, na qual os magistrados assumem um papel mais proativo na criação do direito, em vez de simplesmente aplicar a lei ao caso concreto. É importante destacar que não há consenso entre os estudiosos do campo jurídico quanto à definição do termo "ativismo judicial", sendo originado na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Dispõe Grupenmacher:

> O tema do ativismo judicial passou a ser enfrentado com maior ênfase no âmbito da chamada doutrina neoconstitucionalista, em que o magistrado deixa de atuar como mero aplicador da lei ao caso concreto e passa a adotar novos métodos hermenêuticos que lhe permitem, verdadeiramente, criar o direito, legislando positivamente em substituição à atividade desempenhada pelo Poder Legislativo (Grupenmacher, 2015).

De acordo com o mestre em direito público Carlos Alexandre Azevedo Campos (2012), a ascensão do ativismo judicial demanda uma avaliação abrangente de contextos específicos e períodos históricos distintos, levando em consideração fatores internos e externos de natureza institucional, cultural, política, social e jurídica.

Esse tema pode ser amplamente discutido na medida em que pode ser caracterizado por decisões judiciais que impõem obrigações ao Estado, mesmo na ausência de previsão legal explícita. Esse fenômeno deriva da hermenêutica constitucional que envolve a interpretação dos princípios, e frequentemente gera críticas ao Judiciário, uma vez que pode interferir significativamente nas políticas dos demais poderes.

De acordo com Meirelles:

> À conduta ativa do Poder Judiciário no sentido de interferir em funções que seriam típicas e independentes de outros poderes dá-se o nome de ativismo judicial. Assim, há uma participação mais ampla do Judiciário na concretização dos direitos e valores constitucionais, com um certo grau de interferência nos demais poderes (Meirelles, 2018).

Uma das dimensões do ativismo judicial é a concretização dos direitos fundamentais por meio de decisões judiciais, mesmo na ausência de previsão legal explícita. Isso reflete uma postura ideológica do órgão julgador, que muitas vezes

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

antecipa a formulação da própria lei ao interpretar o texto legal de acordo com as necessidades do caso concreto.

No contexto brasileiro, o ativismo judicial ganhou destaque após o fim da ditadura militar, quando o país passou por uma reformulação de seus valores, destacando a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político como fundamentos da República.

O ativismo judicial no Brasil passou a ser uma manifestação dos valores e princípios consagrados na Constituição Federal de 1988, representando uma atuação mais assertiva do Poder Judiciário diante da inércia do Legislativo e do Executivo em promover políticas públicas que atendam às demandas da sociedade.

Elucida Pinheiro:

> Chega-se à conclusão de que o ativismo judicial, no Brasil, é a concretização dos valores e princípios consubstanciados na Constituição Federal de 1988, sendo uma atuação mais presente e proativa do Poder Judiciário devido à omissão do Poder Legislativo, no que diz respeito à sua atuação legiferante, bem como em relação ao Poder Executivo, tendo em vista a ausência de políticas públicas capazes de suprir as demandas da sociedade (Pinheiro, 2018).

O Supremo Tribunal Federal passou a desempenhar um papel crucial na interpretação e na guarda da Constituição Federal, exercendo o controle concentrado de constitucionalidade e impactando todo o ordenamento jurídico nacional. Essa atuação do Supremo Tribunal Federal como protagonista em casos que envolvem a criação de direito sob o argumento da existência de lacunas no ordenamento jurídico passou a ser objeto de debate, uma vez que essa postura é considerada por muitos como sendo uma violação aos limites impostos pela própria Constituição Federal, no que diz respeito à divisão dos poderes estatais.

Assim, as questões que envolvem o ativismo acabam girando em torno da legitimidade da atuação proativa do Poder Judiciário e sua compatibilidade com a separação dos três poderes. Nessa perspectiva, alguns defendem que o ativismo é necessário para preencher lacunas normativas e concretizar os valores constitucionais, enquanto outros veem isso como uma violação à própria Constituição.

Consoante Ziebarth:

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

> O Poder Judiciário, no atual estágio da maioria das democracias ocidentais, conheceu uma ampliação de suas atribuições, passando a resolver questões de âmbito público cujo foro de decisão competia, tradicionalmente, mais ao Executivo e ao Legislativo. Muito tem-se falado nos últimos anos de protagonismo do Judiciário e ativismo judicial com o intuito de descrever essa nova postura no exercício da função jurisdicional. Não há como não reconhecer que, nesse contexto, o papel do juiz ganha novos contornos. Coerente com a visão publicista do processo, o magistrado passou a ser reconhecido como um agente estatal no desempenho de uma função pública pautada não apenas na mera satisfação das partes envolvidas no litígio, mas principalmente na aplicação da ordem jurídica justa. Essa postura ativa e participativa do juiz, no entanto, merece resguardos e não pode ser encarada, obviamente, de forma absoluta. Diante do poder que o magistrado passou a deter em razão da ótica pautada na instrumentalidade do processo e da necessidade de muitas vezes definir, no caso concreto, interesses que ultrapassam a esfera de direitos das partes litigantes, intensificou-se o receio de que o poder criativo do magistrado pudesse desembocar em arbitrariedades e subjetivismos (Ziebarth, 2018).

O ativismo pode também ser interpretado como uma corrupção na relação entre os poderes estatais, fato que ocorre quando o Judiciário ultrapassa seus limites institucionais por meio de decisões baseadas em critérios por ele estabelecidos, como predisposições políticas, econômicas, religiosas ou morais dos juízes.

Saboia e Santiago afirmam que:

> O fenômeno do ativismo judicial demonstra ser inadequado para com a democracia e a Constituição, pois indica a ultrapassagem das fronteiras da política e do Direito e acarreta o ingresso do Poder Judiciário num domínio que não lhe é próprio, haja vista que há uma usurpação de suas funções para decidir sob o efeito de influências alheias ao direito. Tal fenômeno desnatura a atividade típica do Poder Judiciário e é prejudicial a construção do Estado Democrático de Direito, capaz de atender às exigências da dignidade humana (Saboia; Santiago, 2018).

Lamentavelmente, na prática atual, alguns juízes muitas vezes se afastam do que é jurídico e, usando sua discricionariedade, criam interpretações que refletem sua própria visão de mundo e de justiça. Isso levanta questões sobre os limites entre interpretação da lei, criação judicial do Direito aplicado ao fato e legitimidade democrática das decisões judiciais. Sendo que isso pode desrespeitar os princípios do Estado Democrático de Direito, gerar insegurança jurídica e levar, inclusive, à violação do texto constitucional.

Por outro lado, o ativismo é um fenômeno inevitável que decorre das condições sociopolíticas e consiste na intervenção do Judiciário perante a deficiência dos demais

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

poderes. Questões como políticas públicas e temas controversos têm sido cada vez mais resolvidas no âmbito judicial, mesmo que o Judiciário não tenha legitimidade democrática direta para isso. Esse fato assegura, muitas vezes, a concretização dos direitos de maneira ágil e adequada ao caso concreto.

3.1 O ATIVISMO JURÍDICO E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O ativismo judicial é uma realidade incontestável na cena política e jurídica contemporânea brasileira. Decisões que determinam ações ou omissões por parte do Estado visando concretizar direitos fundamentais previstos na Constituição são frequentes, tanto em instâncias judiciais de primeiro e segundo graus, quanto nos tribunais superiores. O poder judiciário vem assumindo papel de destaque na resolução das questões de maior carga moral e política, representando um elemento essencial no sistema de governo, exercendo verdadeiro poder político.

Nesse contexto, é possível destacar fatores intimamente ligados à fragilidade democrática enfrentada pelo país, especialmente os de natureza política e institucional. A crise de representatividade, legitimidade e eficácia dos Poderes Legislativo e Executivo no Brasil tem impulsionado a expansão do Poder Judiciário, que busca suprir lacunas na implementação de políticas públicas essenciais e na realização de ideais democráticos.

Essa expansão se justifica pela alegada crise, na qual os preceitos constitucionais que garantem direitos fundamentais, em sua maioria, não são efetivamente aplicados, devido à necessidade de intervenção estatal e a falta de eficiência da mesma. Com a inação do Legislativo e do Executivo, os cidadãos acabam sendo privados de seus direitos básicos e até mesmo daqueles necessários para uma existência digna, o que representa uma significativa violação dos direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal.

Assim, percebe-se que não basta apenas a inclusão dos direitos na Constituição, são necessários mecanismos eficazes para sua concretização, de acordo com os propósitos constitucionais. Em um sistema político ideal, a responsabilidade de concretizar os direitos constitucionais recai sobre os Poderes

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

Legislativo e Executivo. Entretanto, na ausência de ação por parte destes poderes, a intervenção judicial se torna imperativa para assegurar o cumprimento da Constituição e efetivação de direitos.

De acordo com Meirelles:

> Vê-se que não basta a positivação dos direitos na Carta Política, mas de mecanismos eficientes para que sejam materializados segundo os fins constitucionais. Em um sistema político ideal, tal tarefa incumbe aos Poderes Legislativo e Executivo no exercício de suas funções. No entanto, na ausência de conduta destes, torna-se imperiosa a atuação judicial para fazer valer a Constituição (Meirelles, 2018).

Neste contexto, o ativismo judicial se mostra como um instrumento eficaz para exigir do Estado o cumprimento de seus deveres positivos, especialmente quando há uma deficiência na proteção dos direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos. Importantes decisões nesse sentido têm sido proferidas pelo Poder Judiciário brasileiro, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, interferindo diretamente em ações estatais para garantir a efetivação de direitos, e a formulação e implementação de políticas públicas.

Conforme destacado por Zulmar Fachin (2009), o Judiciário tem se tornado em grande parte, o guardião da efetivação dos direitos fundamentais, decidindo sobre uma variedade de questões, como o fornecimento de medicamentos para pessoas doentes, o acesso de crianças à educação, o acesso de pessoas com deficiência a prédios públicos e o direito de greve, entre outros.

Essas decisões evidenciam o protagonismo institucional do Poder Judiciário nos dias de hoje, cuja atuação se tornou um requisito indispensável para a eficácia das normas constitucionais que garantem direitos. Em outras palavras, o Judiciário desempenha um papel central e crucial no sistema político atual para garantir a efetivação dos direitos fundamentais, possibilitando o acesso dos cidadãos às garantias que necessitam de intervenção estatal.

No entanto, é importante ressaltar que o ativismo judicial deve ser encarado com cautela, embora seja um instrumento eficaz na realização dos objetivos constitucionais. Nesse contexto, ensina Luís Roberto Barroso (2012) que as decisões ativistas devem ser excepcionais e limitadas a um determinado contexto. Além disso, o judiciário deve avaliar cuidadosamente sua própria capacidade institucional para

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

decidir sobre determinadas questões, evitando intervenções desnecessárias e excessivas.

Conforme observado pelo Ministro:

> A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e eficácia do Poder Legislativo. Precisamos de uma reforma política, e essa não pode ser realizada pelos juízes (Barroso, 2012).

Ou seja, o ativismo jurídico e a consequente ampliação do Judiciário, embora seja um instrumento eficaz na realização dos objetivos constitucionais, não deve ofuscar o verdadeiro problema que afeta a democracia no Brasil, ou seja, a crise de representatividade, legitimidade e eficácia dos Poderes Legislativo e Executivo. Sendo assim, necessária uma reforma política, a qual não pode ser conduzida pelos juízes.

4 TEORIA GARANTISTA

A consolidação do garantismo como fenômeno jurídico é diretamente atribuída às contribuições de Luigi Ferrajoli, cujo trabalho rapidamente se tornou uma referência no campo jurídico contemporâneo. O garantismo foi adotado durante os períodos de redemocratização, marcados pela promulgação de novas constituições e pelo fortalecimento dos direitos individuais e sociais como forma de proteção contra os excessos do Estado.

Como teoria jusfilosófica, o garantismo pode ser compreendido de três maneiras interconectadas: como um modelo normativo de direito, uma teoria crítica do direito e uma filosofia política. No primeiro sentido, refere-se a um sistema de restrições impostas ao poder estatal para garantir os direitos dos cidadãos. No segundo, é uma teoria que examina a diferença entre a normatividade legal e sua efetividade na prática, identificando antinomias e críticas ao sistema jurídico. Por fim, como filosofia política, enfatiza a necessidade de justificação ético-política do Estado e do direito para além da justificação jurídica.

Conforme Ziebarth:

> O garantismo processual tem como uma de suas principais preocupações o resguardo do juiz como terceiro imparcial e autoritário, o que exigiria uma postura mais passiva na condução do processo, cabendo às partes e seus advogados maior grau de iniciativa, com destaque para a instrução

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

> probatória. Aroca ainda assevera que a adoção de um modelo processual não se resume à mera técnica, já que muitas vezes há um fundo político nisso, de modo que o aumento dos poderes do juiz pode conduzir ao autoritarismo, ficando o cidadão sem direitos perante o Estado (Ziebarth, 2018).

No contexto brasileiro, o garantismo é especialmente relevante no campo do direito penal, onde visa garantir a aplicação dos princípios da legalidade, da individualização da pena e da presunção de inocência. Ferrajoli (2002) propõe um modelo de aplicação do direito penal que busca ampliar a liberdade individual enquanto limita o poder estatal, promovendo uma solução equilibrada entre liberdade e segurança.

Para Stefani e Cignachi:

> O modelo garantista tem, com pressuposto, a redefinição do horizonte axiológico não apenas da legislação, mas também da jurisdição. O ponto de vista jurídico da Constituição, no que trata os direitos fundamentais, devem ser incorporados parâmetros normativos de validade, além do ponto de vista ético-político da sociedade, ou seja, os titulares dos direitos fundamentais, através dos quais pode ser alcançada a justiça. Neste sentido, o garantismo, segundo leciona Ferrajoli, deve surgir como resposta estratégica da crise da justiça e da política, uma vez que se faz necessária a intervenção da jurisdição na ausência de decisão do campo político, principalmente em se tratando dos direitos fundamentais dos cidadãos (Stefani; Cignachi, 2014).

A teoria garantista visa estabelecer um modelo normativo que atenda às exigências de um Estado Democrático de Direito, baseado nos princípios da dignidade humana e na proteção dos direitos fundamentais. Esse sistema é marcado por limites que funcionam como defesa dos cidadãos contra o arbítrio estatal. É uma resposta ao descompasso entre a normatividade legal e sua efetividade na prática, visando garantir a legitimidade e a justiça do sistema jurídico como um todo. No contexto do direito penal, o foco está na humanização das penas e no respeito às garantias individuais estabelecidas na Constituição e nas leis.

Pinheiro, Barbosa e Lima têm em vista que:

> A Teoria Geral do Garantismo é entendida como modelo de direito, sendo baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e nas garantias fundamentais, com subordinação formal e material das práticas jurídicas aos mandamentos constitucionais. Em virtude da complexidade contemporânea, a legitimação do Estado Democrático de Direito almeja superar a democracia formal para alcançar a democracia material, na qual os direitos fundamentais devem ser respeitados, garantidos e plenamente satisfeitos, tudo com o fito de serem efetivadas as instituições estatais (Pinheiro; Barbosa; Lima, 2018).

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

É importante enfatizar que a teoria garantista não busca abolir as penas, nem deixar os culpados impunes, mas sim garantir o respeito à dignidade da pessoa humana e racionalizar a punição. Isso implica que nenhuma pena pode ser imposta sem uma prévia cominação legal, sendo necessário que o delito esteja previsto na lei, que haja prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público, com direito ao contraditório e à ampla defesa.

Sob essa perspectiva, leciona Ferrajoli o seguinte:

> O Direito Penal garantista preocupa-se com a humanização e todas as demais garantias e direitos presentes na Constituição Federal e nas leis. Não busca abolir a pena ou deixar os culpados impunes, tendo como objetivo o respeito à dignidade da pessoa humana, racionalizando a punição estatal. A partir deste modelo teórico não se admite nenhuma imposição de pena sem sua prévia cominação legal, sendo necessário haver ainda a previsão legal do delito, sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor, além de sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente estabelecidos (Ferrajoli, 2002).

O garantismo penal, desse modo, configura-se como um método de proteção dos direitos fundamentais. Em outras palavras, trata-se de um sistema eficaz para reduzir a violência institucional dos órgãos repressivos. Assim, o garantismo se apresenta como um recurso capaz de restringir o poder punitivo em defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, preocupando-se com a humanização e todas as demais garantias e direitos presentes na Constituição Federal e nas leis.

Nesse contexto, o advogado criminalista Aury Lopes Júnior (2005) defende a ideia de que o processo penal deve funcionar como uma técnica de limitação do poder de punir, atuando como um instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, além de viabilizar a aplicação da pena. Desse modo, o garantismo penal tem a função de estabelecer parâmetros baseado em garantias substanciais e processuais que limitam a intervenção punitiva do Estado, e protegem os direitos fundamentais dos cidadãos.

A base do paradigma garantista do direito penal é o princípio da taxatividade ou da estrita legalidade, que limita a jurisdição penal à afirmação da lei. Isso significa que tanto os legisladores quanto os juízes devem respeitar a lei e aplicá-la de acordo

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

com os preceitos constitucionais. O processo penal, nesse cenário, deve ser compreendido como um instrumento de proteção ao imputado, garantindo-lhe um processo justo, no qual possa se defender amplamente das acusações. E, por fim, o aplicador da lei deve interpretá-la de acordo com a Constituição e com os princípios do garantismo. No entanto, observa-se que os juízes nem sempre cumprem esse papel.

4.1 GARANTISMO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao longo dos anos, os direitos fundamentais dos cidadãos foram sendo incorporados nas Constituições de vários países, entre nós, a Constituição atual, em seu art. 5º, apresenta extenso rol de normas destinadas a assegurar os direitos individuais e coletivos. A defesa do minimalismo penal e do garantismo no processo penal, significa a defesa dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, inseridos nos nossos princípios constitucionais.

Ferrajoli (2002) observa que no campo jurídico sempre há divergências interpretativas e diversas respostas discutíveis. Quando um juiz decide, ele deve buscar a solução mais plausível e imparcial, além de reconhecer a verdade factual e a verdade jurídica nas teses que fundamentam sua decisão.

Segundo Ferrajoli, as sentenças judiciais devem se basear em argumentos de fato e de reconhecimento de direitos, pois os precedentes jurisprudenciais, embora não vinculativos, têm uma influência significativa sobre a jurisdição pela coerência que proporcionam, decorrente do princípio da igualdade perante a lei.

Para esse autor:

> Os precedentes jurisprudenciais, em suma, possuem nos nossos sistemas o valor de argumentos persuasivos, mas não o valor de lei. Valem pela sua substância, e não pela forma ou órgão a partir do qual são produzidos. E são invocados por outras sentenças pelo valor conferido à coerência, isto é, a tendência de uniformidade da jurisprudência, decorrente, por sua vez, do princípio da igualdade perante a lei, e não pelo seu caráter de “fontes” vinculantes enquanto tais (Ferrajoli, 2012).

No contexto dos direitos fundamentais, a intervenção judicial é necessária quando há violação de direitos constitucionais ou quando é preciso oferecer proteção mais eficaz a esses direitos, dada sua complexidade interpretativa. Então, na ausência

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

de ação estatal para promover e garantir esses direitos, cabe ao Judiciário, utilizando métodos coercitivos, assegurar a aplicação prática dos direitos.

Robert Alexy (1993) argumenta que a busca pelos direitos fundamentais gera insegurança quanto aos resultados, e que demanda de decisões com autoridade. Como a aplicação dos direitos fundamentais exige medidas concretas para seus titulares, a atuação judicial deve ser analisada mediante aplicação da lei e da jurisdição, pois a legitimidade da função judiciária deriva dos vínculos legais e do caráter cognitivo da sua função, que é a proteção dos direitos dos cidadãos.

Pinheiro, Barbosa e Lima afirmam que:

> Os direitos fundamentais são todos os direitos subjetivos relacionados a uma norma jurídica ou a um sujeito, observando-se que todas as classes de direito, notadamente os direitos humanos, são vinculados a uma pessoa e garantidos pelos direitos fundamentais consubstanciados na Constituição. A Teoria Garantista, dessa forma, ratifica a importância da Constituição como norma superior e embasadora de todo o ordenamento jurídico. A Constituição garantista caracteriza-se, destarte, como aquela que almeja a efetivação dos direitos nela previstos, culminando no controle da legislação infraconstitucional (Pinheiro; Barbosa; Lima, 2018).

O constitucionalismo garantista reconhece o direito ilegítimo, inválido por ação ou omissão, e a necessidade de legislação para evitar antinomias e preencher lacunas com a jurisdição, desempenhando um papel secundário. Dessa forma, o garantismo impõe limites ao poder judiciário, buscando redefinir a legislação e a jurisdição, incorporando parâmetros normativos de validade.

Sérgio Cademartori (1999) defende que magistrados e tribunais devem adotar uma interpretação hermenêutica que valorize a norma mais favorável à pessoa humana. O Estado-Juiz deve, então, intervir para garantir os princípios constitucionais de justiça substantiva, ampliando sua capacidade de resolver conflitos. Segundo o autor, um sistema jurídico é garantista quando possui estruturas e mecanismos para proteger e promover as liberdades individuais e os direitos sociais e coletivos. Um operador jurídico é considerado garantista quando trabalha para melhorar esses mecanismos.

De acordo com Cadermatori:

> Quando se fala em garantismo, fala-se na defesa e no suporte dessas liberdades e dos direitos que surgem sob o rótulo de “garantismo” são

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

> defesas e tutelas de caráter jurídico; pois os instrumentos com os quais o Direito assegura um certo número de liberdades e direitos, que são precisados, definidos ou instituídos pelo próprio Direito (Cadermatori, 1999).

Esse autor argumenta que alguns direitos fundamentais, como o direito à vida e à liberdade, são superiores e não podem ser limitados. Assim, o garantismo visa proteger e apoiar essas liberdades por meio de instrumentos jurídicos, limitando a função punitiva do Estado e diferenciando o direito da moral.

Na mesma perspectiva, Ferrajoli (2002) expõe que muitos direitos fundamentais necessitam de leis de implementação, como os direitos à saúde e à educação para garantir a sua efetividade. Sem legislação adequada, mesmo o direito à vida poderia ser ineficaz. Portanto, é possível perceber que garantismo de Ferrajoli está focado nas garantias dos direitos fundamentais, que incluem direitos de liberdade e direitos sociais, considerados os pilares do Estado e do Direito, e a base essencial da democracia.

Saboia e Santiago lecionam o seguinte:

> O garantismo se apresenta como uma teoria do direito penal compreendido como instrumento de proteção dos direitos fundamentais, ou seja, como sistema de proteção idôneo a minimizar a violência institucional dos aparatos repressivos. Revela-se, portanto, com instrumento apto para limitar o poder punitivo na defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos. Por já se encontrarem no texto constitucional, cabe aos operadores jurídicos realizarem a devida interpretação constitucional do Código de Processo Penal (CPP), que é de 1941, e que prevê, em seu bojo, normas incompatíveis com os preceitos garantistas. A teoria do garantismo penal impõe parâmetros de justificação do poder de punir, a partir de um conjunto de garantias substanciais (critérios normativos e limitativos da previsão legal dos delitos: princípio da taxatividade, princípio da legalidade, o princípio da ofensividade e o princípio da culpabilidade) e processuais (que regulam a intervenção punitiva estatal na fase crucial da decisão judicial, voltado para a salvaguarda da liberdade e para a minimização do arbítrio punitivo) que influenciam o enquadramento da jurisdição penal como saber-poder e a ancoragem da lei penal na defesa dos direitos (Saboia; Santiago, 2018).

Assim, percebe-se que proposta fundamental do garantismo é estabelecer princípios que devem, necessariamente, estar relacionados aos objetivos do Estado Democrático de Direito. A dignidade humana é o princípio orientador dessa dinâmica, e visa evitar que o Estado não cumpra a aplicação dos direitos fundamentais e se desvie dos propósitos que justificam sua própria existência.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

A teoria garantista, portanto, é crucial para a efetivação dos direitos fundamentais, pois assegura que os direitos estabelecidos constitucionalmente não sejam contrariados por normas inferiores e que haja um dever correspondente na esfera pública. Assim, os valores constitucionais têm um nível normativo superior à legislação ordinária, sendo obrigatórios em relação a esta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para compreender a maneira e a abrangência com que o Judiciário exerce suas funções, bem como suas implicações, é necessário examinar o debate existente entre duas doutrinas que divergem sobre o alcance dos seus poderes: o garantismo e o ativismo judicial.

Por um lado, a corrente garantista enfatiza o papel do Judiciário como um terceiro imparcial desinteressado no resultado do processo, adotando uma postura menos intervencionista, mais passiva e deixando várias iniciativas nas mãos das partes e seus advogados, como a produção de provas, buscando desse modo, proteger os direitos fundamentais já estabelecidos pela Constituição. Por outro lado, o ativismo judicial preconiza uma postura mais ativa por parte do Judiciário, com uma abordagem progressista, incorporando o poder-dever de interpretar a realidade social na formulação de suas decisões, dando ênfase à aplicação dos valores fundamentais e, muitas vezes, preenchendo lacunas normativas.

É evidente que o embate entre essas doutrinas também envolve uma questão política, levantando o papel do Judiciário e a extensão de sua atuação. Por isso, alguns doutrinadores, argumentam que o crescente protagonismo judicial é uma expressão da luta pelo poder, uma vez que o Judiciário não está incumbido de legislar ou administrar. Desse modo, é importante reconhecer os desafios e críticas associados a essas duas vertentes do direito. O risco de autoritarismo, a falta de legitimidade democrática direta e a possibilidade de desrespeito à separação dos poderes são questões que exigem reflexão. Além disso, a criação de direito pelo Judiciário, pode violar os princípios do Estado Democrático de Direito.

No Brasil, o ativismo judicial acaba representando uma resposta à inércia do Legislativo e do Executivo na promoção de políticas públicas alinhadas com os valores

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

constitucionais, sendo que o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel central nesse cenário, por vezes ultrapassando limites institucionais para concretizar os princípios constitucionais.

O garantismo jurídico, por sua vez, revela-se como instrumento apto para limitar o poder punitivo do Estado na defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos. Estas garantias, que já estão previstas na Constituição Federal de 1988, cabem ao aplicador do direito, que deverá realizá-las, dando a devida interpretação à luz do Processo Penal, com a finalidade de promover os pilares da democracia.

Sendo assim, perante a complexidade e os desafios envolvidos na efetivação dos direitos fundamentais, o papel do Judiciário como guardião desses é de suma importância. Nesse sentido, é essencial que os juízes atuem de forma ética e comprometida com os princípios constitucionais, buscando sempre preservar o Estado Democrático de Direito. Essa busca pode ser alcançada por meio do equilíbrio entre as perspectivas ativista e garantista nas tomadas de decisões, contribuindo para uma atuação eficaz do sistema judiciário, concretizando os direitos fundamentais para todos os cidadãos e, consequentemente, garantindo a promoção da justiça.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales.** 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Disponível em: https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina37294.pdf. Acesso em: 25 abr. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **(SYN)THESIS**, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 23–32, 2012. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/synthesis/article/view/7433. Acesso em: 29 abr. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito / Neoconstitutionalism and constitutionalization of the Law. **Revista Quaestio o Iuris**, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 1–48, 2014. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/11641. Acesso em: 19 ago. 2024.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e Legitimidade:** uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. Disponível em: https://core.ac.uk/reader/30358320. Acesso em: 15 abr. 2024.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF.** Rio de Janeiro: Forense, 2012. Disponível em: http://www.bdtd.uerj.br/handle/1/9555. Acesso em: 10 abr. 2024.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

FACHIN, Zulmar. Funções do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea e a Concretização dos Direitos Fundamentais. Curitiba. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET**. Publicação trimestral, ano 1, n. 1, 2009, p. 205-220. Disponível em: http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Zulmar_Fachin_funcoes.pdf. Acesso em: 21 abr. 2024.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Disponível em: https://deusgarcia.wordpress.com/wp-content/uploads/2017/03/luigi-ferrajoli-direito-e-razao-teoria-do-garantismo-penal.pdf. Acesso em: 14 abr. 2024.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Ativismo x Garantismo judicial em matéria tributária – Limites e possibilidades. **Revista Jurídica Luso-Brasileira.** Ano 1, 2015, n. 4, p. 111-150. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/4/2015_04_0111_0150.pdf. Acesso em: 3 mar. 2024.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. 2011. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito.** v. 3, n. 1, p. 34-41.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MEIRELLES, Brunara de Araujo. A Constituição Federal de 1988 sob a perspectiva da constitucionalização simbólica e a legitimidade do Ativismo Judicial como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais. **Revista de Artigos Científicos da EMERJ**, v. 10, n. 1, 2018, 165-179. Disponível em: https://emerj.tjrj.jus.br/files/pages/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2018/pdf/BrunaradeAraujoMeirelles.pdf. Acesso em: 14 abr. 2024.

PINHEIRO, Paulo Roberto Meyer; BARBOSA, Camila Gomes; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A aplicação pelo juiz de medida diversa da estabelecida em sentença judicial condenatória: uma análise do ativismo e do garantismo judicial. **Revista do Direito Público.** Londrina, v. 13, n. 1, p. 14-41, abr. 2018. DOI: 10.5433/1980-511X2018v13n1p14. ISSN: 1980-511X. Disponível em: https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/26292. Acesso em: 3 mar. 2024.

ROSSI, Amélia Sampaio; PAMPLONA, Danielle Anne. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: democracia e constitucionalismo em oposição ou tensão produtiva? **NOMOS: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC, Fortaleza**, v. 33, n. 2, 2013, p. 13-29. Disponível em: http://repositorio.ufc.br/handle/riufc/12063. Acesso em: 26 ago. 2024.

SABOIA, J. R.; SANTIAGO, N. E. A. Garantismo e Ativismo judicial: uma análise da presunção do estado de inocência e da sua relativização pelo STF. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia.** [S. l.], v. 23, n. 2, p. 53–74, 2018. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v23i21121. Disponível em:

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1121. Acesso em: 3 mar. 2024.

STEFANI, Caroline Rossatto; CIGNACHI, Janaina Cristina Battistelo. **A teoria garantista e a função judicial na poteção dos direitos fundamentais.** Processo e Jurisdição II: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI. Tema do evento: (Re)pensando o Direito: Desafios para a Construção de novos paradigmas. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) - Florianópolis - SC, 2014, 120-134. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2fec3a0cbf3856fb. Acesso em: 14 abr. 2024.

ZIEBARTH, Marco Antonio Batista de Moura. **Os poderes do juiz no processo civil brasileiro contemporâneo.** 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2018. doi:10.11606/D.2.2018.tde-17092020-151843. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17092020-151843/en.php. Acesso em: 03 mar. 2024.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

UMA ANÁLISE DA ESCRAVIDÃO NO BRASIL

SLAVERY IN BRAZIL: AN ESSAY

Carlos Henrique Eyng[31]
Adriana Stormoski Lara[32]
Vanessa Brachtvoge[33]

RESUMO: O trabalho escravo no Brasil tem seu início juntamente com a chegada dos portugueses em solo brasileiro. Os indígenas sofreram com a escravidão em todo o período de Brasil Colonial, e os africanos em grande parte. As evoluções das leis abolicionistas no Brasil resolveram de maneira formal o problema da escravidão, no entanto, a maneira cuja sociedade recebeu as pessoas que deixaram a escravidão somado a outros fatores de desigualdade social que assolam o país propiciaram uma escravidão contemporânea. Atualmente o trabalhador é subjugado em condições degradantes, sujeições por dívidas e isolamento, sofre ameaças físicas e psicológicas que possibilitam a sua exploração no trabalho e permitem benefícios econômicos de "patrões" (escravocratas, exploradores, criminosos) através das violações dos direitos humanos. Apesar disso, o Brasil tem se esforçado para combater essa situação por meio de mecanismos de repressão.

PALAVRAS-CHAVE: Escravidão no Brasil; Escravidão Contemporânea; Repressão a escravidão.

ABSTRACT: The slavery in Brazil began with the Portuguese arrival in Brazil. Indigenous people suffered slavery the entire period of Brazilian colonization, and also the africans were slaved in the most part of it. The improvement of the abolitionists laws in Brazil solved the slavery problem in a formal way, however the slaves' poor integration in the Brazilian Society allied to others factors as social inequality resulted in the modern slavery. Currently, the laborer is subdued into degrading conditions, debt bondage, forced isolation, and is physically and mentally threatened, which opens the possibility to employer abuses and create for the employer bigger profits through

[31] Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Campus de Foz do Iguaçu. Especialista em Direito Público pela Escola Brasileira de Direito. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas com menção em Direito Constitucional, pela Universidade de Coimbra. Foi Procurador concursado do município de Santa Terezinha de Itaipu/PR. Advogado. Professor e Coordenador do curso de Direito na UNIGUAÇU.

[32] Mestra em Sociedade, Cultura e Fronteiras, UNIOESTE. Pós-graduada Lato Sensu em Reformas Processuais: Civil e Penal pelo Centro Universitário Cataratas – UDC, Foz do Iguaçu/PR. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Dinâmica das Cataratas – UDC, Foz do Iguaçu/PR. Advogada. Professora do Curso de Direito da Faculdade Uniguaçu. E-mail: adrianaslara@hotmail.com

[33] Graduada em Direito. Pós-graduada em Direito Constitucional, em Direito Tributário, em Direito Processual Civil e em licitações e contratos administrativos. Mestre no Programa de Sociedade Cultura e fronteira na UNIOESTE, Campus Foz do Iguaçu-PR. Graduanda no curso de Tecnóloga em Gestão Pública. Procuradora do Município de Matelândia/PR. Professora de Direito na Faculdade Uniguaçu. Email: brachtvogel.va@gmail.com.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

human rights violations. Despite that, Brazil has been improving in slavery combat through new ways of repression.

KEYWORDS: Slavery in Brazil; Modern Slavery; ways to combat slavery.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho escravo no Brasil tem seu início juntamente com a chegada dos portugueses em solo brasileiro. Os indígenas sofreram a escravatura em todo o processo de colonização do chamado Brasil Colonial, no entanto a submissão ficou mais evidente nos primeiros 30 anos de exploração, em que foram submetidos ao trabalho forçado, na extração e carregamento de madeira e no desmatamento, no período denominado de Ciclo do Pau Brasil.

O emprego de mão de obra negreira nos ciclos econômicos subsequentes ao do Pau Brasil se deu de maneira conjunta com a contínua (mas menos simbólica) utilização da mão de obra indígena.

Observadas as necessidades de colonização do Brasil por Portugal e de uma malha de tráfico negreiro portuguesa já estruturada era questão de tempo para que a mão de obra dos africanos fosse empregada em solo Brasileiro.

A partir disso, a utilização de mão de obra negreira no Brasil aconteceu mediante condições degradantes, as quais eram submetidos os africanos, desde o ato de sua captura e armazenamento, e aqui tratado como se coisa fosse - e realmente o eram na época – e também no período de sua utilização nos diversos ciclos econômicos.

As evoluções das leis abolicionistas no Brasil resolveram de maneira formal o problema da escravidão. No entanto, a maneira cuja sociedade recebeu as pessoas que deixaram a escravidão somado a outros fatores de desigualdade social que assolam o País propiciaram uma escravidão contemporânea.

As péssimas condições as quais os indígenas e os negros foram submetidos se assemelham muito as que os trabalhadores de origem humilde e imigrantes estrangeiros são submetidos em fazendas (trabalho escravo rural) tecelagens e obras (trabalho escravo urbano) no Brasil contemporâneo.

O trabalhador é subjugado em condições degradantes, sujeições por dívidas e isolamento, sofre ameaças físicas e psicológicas que possibilitam a sua exploração

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

no trabalho e permitem benefícios econômicos de “patrões” (escravocratas, exploradores, criminosos) através das violações dos direitos humanos.

Apesar disso, o Brasil tem se esforçado para combater essa situação através de medidas como o enquadramento penal, a emenda constitucional número 81 e a lista suja do trabalho escravo, bem como os esforços do Ministério do Trabalho, Ministério Público, Policias (federal e civil) além de ONGS – principalmente a ONG Repórter Brasil – e conseguido grandes avanços na área de defesa dos Direitos Humanos, especificamente, nesses casos.

2 HISTÓRIA DA ESCRAVIDÃO NO BRASIL

Na chegada dos europeus ao Brasil, a primeira população local era composta exclusivamente por uma população indígena culturalmente e linguisticamente quase que homogênea, apesar de suas pequenas diferenças em outros pontos. Dividiam-se em dois grandes grupos os tupi-guaranis e os tapuias e em inúmeras tribos e aldeias menores, as quais apesar de divididas mantinham contatos que ocasionavam em trocas de bens, artigos e mulheres. Apesar disso, normalmente entravam em conflito se posicionando uns contra os outros.

2.1 OS ÍNDIOS

Os índios viviam em um sistema de subsistência-nômade, praticando agricultura através da derrubada e queimada de árvores, plantavam grãos como feijão e milho, além da raiz mandioca. A chegada dos Europeus, mais especificamente dos portugueses ao solo Brasileiro repercutiu de maneira diversa em várias das tribos e aldeias indígenas.

Como não existia uma uniformidade nas tribos, não havia uma nação indígena, e sim grupos, conjuntos e aglomerações de índios, algumas tribos se aliaram aos portugueses e outras resistiram. Os índios que se aliaram aos portugueses e aqueles que foram submetidos de maneira violenta aos europeus, deram início ao primeiro Ciclo de exploração econômica do Brasil, O Ciclo do Pau Brasil (Holanda, 2007).

A primeira exploração econômica do Brasil foi da madeira Pau-Brasil (de 1500-1535) extraída no litoral e, após seu esgotamento nessa região, no interior do mato,

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

encontrada de maneira dispersa em grandes áreas. Os portugueses buscavam a madeira para utilizar seu cerne como corante vermelho e a própria madeira para construção de navios ou fabricação de móveis (Fausto, 2012).

A exploração do pau-brasil foi feita pelos indígenas, que já possuíam técnica e experiência e também estavam habituados a esse tipo de derrubada, cortavam a madeira e a carregavam até os navios. Uma parcela dos indígenas trabalhava sob regime de assalariamento (em sistema de “escambo” em troca de peças de tecido, canivetes, espelhos e outras quinquilharias de pouco valor para os europeus), mas a maioria era submetida à escravidão (Marquese, 2006).

A submissão de grande parcela da população indígena à escravidão gerava um grande lucro aos exploradores, em princípio. O que depois se colocou em causa tendo em vista o grande número de fugas e conflitos iniciados pelos nativos, acarretando em questionamentos sobre a viabilidade econômica da escravatura indígena.

Os indígenas fugiam para longe dos centros coloniais portugueses e quando os europeus vinham ao seu encontro para levá-los de novo ao cárcere eles revidavam de forma organizada, em assaltos aos estabelecimentos dos “homens-brancos” que muitas vezes logravam êxito pela maior quantidade de nativos.

Em 1570, foi redigida a primeira carta do rei de Portugal para regulamentar a escravização indígena. A partir desse documento a escravidão indígena estava liberada sempre que os nativos fossem considerados “aprisionados em guerra justa”. A guerra justa, possuía um conceito genérico que facilitava a escravização, era considerada “aquela que resultasse de agressão dos indígenas, ou que fosse promovida contra tribos que recusavam submeter-se aos colonos a entrarem em entendimento com eles” (Prado Júnior, 2012, p. 16).

As guerras e enfrentamentos, a submissão ao trabalho forçado e constante, bem como a propagação de doenças como o sarampo, gripe e varíola inerentes aos contatos e relacionamentos entre os europeus e os indígenas culminaram em uma inevitável devastação da população indígena. Não há um número preciso e confiável sobre a quantidade de população da época e sobre a quantidade dos dizimados pela colonização portuguesa, sabe-se, no entanto, que a maioria das tribos indígenas sofreu um processo de deculturação e desconstrução social.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

Essa destruição da comunidade indígena junto com as fugas dos nativos, as guerras que eles causavam, bem como sua cultura de trabalho de subsistência além dos objetos de escambo deixarem de satisfazer sua curiosidade com o passar do tempo, proporcionou questionamentos ainda maiores sobre a mão de obra indígena, o que aliado com outros fatores resultou na utilização da mão de obra negra como alternativa.

Não que a partir disso os índios foram dispensados e libertos, pelo contrário. Os nativos costumavam fugir para o interior do continente em busca da liberdade, e as capitanias que não possuíam dinheiro para a aquisição de mão de obra africana (São Vicente à exemplo) emitiam missões (monções ou bandeiras) buscando a captura desses índios, para não perder uma mão de obra que apesar de encontrar sua proibição no século XVIII nunca deixou de ser utilizada.

Com a assinatura do Tratado de Tordesilhas, Espanha e Portugal estavam combinados a respeito da propriedade das terras da América Latina, as terras do Leste da linha imaginária do tratado seriam de Portugal e as do Oeste seriam terras espanholas. Entretanto não havia nenhum outro país signatário do Tratado de Tordesilhas o que não impunha sobre outra nação qualquer tipo de respeito por essa demarcação de propriedade.

E assim, a França, que não reconhecia o tratado de Tordesilhas como concedente de propriedade aos países e tinha por conceito de proprietário, à época, àquele que detivesse a posse no momento, passaram a ameaçar a supremacia portuguesa. Os Franceses, conhecidos por sua pirataria dificultaram o comércio de Pau-Brasil numa área de extensão continental que não tinha toda a sua costa guarnecida.

Esse critério de propriedade francês era adotado também por outros países, fato que obrigou a Coroa Portuguesa, em meados de 1530, a criar um meio de ocupar o Brasil com maior densidade e quantidade de indivíduos para assegurar as suas terras. À vista disso, Portugal decidiu implementar no Brasil a colonização através do sistema de Capitanias.

As capitanias eram quinhões de terra divididos por linhas paralelas que partiam da linha imaginária do tratado de Tordesilhas, e sua posse foi cedida aos Capitães-

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

Donatários (em geral comerciantes, militares ou burocratas, pessoas necessariamente ligadas à Coroa) (Capistrano De Abreu, 1982).

Os capitães-donatários centralizavam o poderio mandatório de suas Capitanias e tinham amplo poder de justiça e econômico sobre elas e em contrapartida pagariam a coroa tributos para implementação de engenhos de açúcar, exploração de pau-brasil e de minerais. As capitanias poderiam ser divididas em sesmarias que eram as porções de terra de imenso tamanho repassadas aos sesmeiros por um período de cinco anos sob pagamento de impostos à coroa.

Com a chegada dos capitães-donatários, a formação das capitanias hereditárias, e a necessidade de arrecadar impostos para dar uma contrapartida para à Coroa, houve uma grande necessidade de mão de obra nas sesmarias. A mão de obra escrava indígena já tinha sido bastante utilizada nos primeiros 30 anos de colonização e não por isso deixou de ser utilizada nos anos subsequentes, mas somado aos fatores (já mencionados) que contribuíam para a sua utilização em menor escala estava o fato de os portugueses participarem do tráfico de escravos africanos (Caldeira, 1997).

2.2 OS NEGROS

Com a necessidade de mão de obra para trabalhar nas monoculturas das sesmarias a importação de escravos se fez necessário. Os portugueses já haviam começado o tráfico de escravos negros a essa altura da história, tendo em vista os contatos com a costa da África no Século XIV, as redes de tráfico já estavam parcialmente montadas e apresentavam boa margem de lucro.

Os escravos negros tinham experiência nos trabalhos em monoculturas açucareiras e também nas criações de gado. E foram trazidos em grande quantidade para suprir a necessidade de força de trabalho compulsória aliados a uma possibilidade de lucro ao tratá-los como mercadoria, a partir de uma intenção de ocupar para colonizar. Calcula-se que que entre 1550 e 1855 foram trazidos ao Brasil cerca de 4 (quatro) milhões de escravos (Fausto, 2012).

O mercantilismo da época demandava produção que pudesse ser vendida em toda a parte do mundo globalizado daquele momento, e tinha a característica de

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

trabalho coletivo estruturado a partir de um comando centralizado e unificado (Pinsky, 2010). O açúcar tinha grande demanda nos países da Europa e era produzido em menor escala em uma parte da Sicília e nas ilhas do atlântico, sendo assim restou a Portugal a implementar a monocultura açucareira na sua colônia.

De tal forma, começou o tráfico de escravos negros em direção ao Brasil, sendo os grandes importadores Salvador e Rio de Janeiro. Aqui também cabe relembrar que os escravos negros não vieram ao Brasil e, sim, foram *trazidos,* o que acaba por ressaltar que assim como os índios, os escravos negros não aceitaram de bom grado a escravidão. “Vir pode ocorrer a partir de uma decisão própria, como fruto de opções postas à disposição do imigrante. Ser trazido é algo passivo – como o próprio tempo do verbo – e implica fazer algo contra e a despeito de sua vontade” (Pinsky, 2010, p. 16).

Os escravos africanos se opuseram a se submeter a escravidão e planejavam fugas para os quilombos. Os quilombos eram “centros” onde os negros fugitivos da submissão ao homem branco se encontravam para voltar a viver como nas suas origens.

Ademais, diferente dos índios, os negros não estavam em sua terra conhecida e não tinham nenhuma espécie de proteção legal (mesmo que a carta régia de 1570 fosse branda e frequentemente desrespeitada ainda assim era um documento prevendo uma proteção ao indígena) eram tratados legalmente como coisas por serem “inferiores”. A população escrava vivia à época em média 18,3 anos enquanto a média populacional geral era de 27,4 anos (Fausto, 2012).

Na escravidão negra havia uma divisão de tarefas sendo que alguns ocupavam o lugar do campo, os engenhos e outros trabalhavam na casa grande. Portanto, os escravos compunham a mão de obra ao número de centenas em grandes lavouras das sesmarias, também em três ou quatro em pequenos comércios e até mesmo compondo individualmente a força de trabalho braçal de uma residência. Até mesmo a figura do “escravo de ganho” era comum, em que senhores possuidores de escravos permitiam que os seus escravos fizessem trabalhos manuais para outras pessoas em troca de pagamento para si.

No ciclo da cana de açúcar não era incomum que os escravos acabassem se

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

machucando. Na moenda, poderiam ocorrer acidentes em que os escravos perdessem partes do braço ou a mão, nas fornalhas e caldeiras os acidentes e queimaduras também eram comuns. A produção açucareira a partir de sua implementação sempre ocupou o posto de principal fonte econômica do Brasil colônia e, por isso, foi o principal empreendimento concentrador de mão de obra escrava.

Com o Ciclo do Ouro, em meados do século XVIII, os escravos importados começaram a aumentar. Apesar da crise do açúcar, o posterior Ciclo do Café continuou demandando uma grande quantidade de escravos negros (Costa, 1989).

Os escravos, após o ouro do leito do rio rarear, começaram a escavar de maneira mais profunda. O trabalho pesado em galerias subterrâneas provocava inúmeras doenças, a disenteria e a malária além de infecções e acidentes foram as principais causas de mortes nessa época.

Segundo os números do pesquisador Luiz Felipe de Alencastro (*apud* Pinsky, 2010), 40% dos escravos aprisionados no Interior da África morriam até chegar no litoral. Doze por cento dos sobreviventes morriam durante o tempo em que ficavam “guardados” esperando os navios. Durante a travessia 9% dos que embarcavam e, metade dos que haviam chegado ao Brasil morriam logo nos primeiros 4 anos de trabalho. Assim, segundo ele, dos mais de 8 milhões de negros aprisionados, apenas 4 milhões chegaram ao Brasil e metade deles sobreviveram aos 4 primeiros anos.

Ademais, o escravo não era visto como mera força de trabalho. No auge da importação de negros, e, por conseguinte, quando tinham seu preço mais elevado, o escravo era visto em si como mercadoria que tinha um custo de importação e que deveria trabalhar em algum serviço que renderia e compensaria para o seu proprietário. Caso contrário, o proprietário o venderia para outra região em que o comércio de escravos estivesse mais favorável.

A exemplo, o escravo negro no ciclo do café. Estima-se que trabalhava mais de quinze horas por dia. Recebiam um almoço as dez da manhã, um café com rapadura 1 da tarde e a janta as 4 da noite (com a mesma comida que era servido no almoço), para se manterem saudável. Depois disso, trabalhavam até a noite sem parar. E após, iam debulhar milho, torrar café e cortar lenha. Deitavam-se próximo as dez da noite em senzalas, feitas de pau a pique e sapé e dormiam em estrados ou

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

mesmo em cobertas e palhas para levantarem no outro dia as 4 da manhã (Pinsky, 2010).

Na segunda metade do século XVIII começa a derrocada do sistema colonial. A partir da proclamação da independência das colônias inglesas da América do Norte e da revolução Francesa aliadas ao fenômeno da Revolução Industrial e do decorrente interesse inglês de ampliar seu mercado para os produtos da indústria têxtil e controlar o comércio internacional o mundo colonial passa a ser afetado por uma tendência de libertação da escravidão.

2.3 SEQUÊNCIA LEGISLATIVA QUE CULMINOU NA ABOLIÇÃO DA ESCRAVIDÃO

A Lei Feijó, de 7 de novembro de 1831, foi a primeira lei abolicionista, e tinha como função precípua coibir a importação de Escravos para o Brasil. Declarando que todos os escravos que chegassem ao Brasil a partir da data de sua promulgação seriam declarados como livres e os importadores sofreriam sanções penais além de pagarem o retorno do indivíduo à África. A partir desse momento, notou-se grande diminuição no tráfico de escravos ao Brasil.

No entanto, como nesse momento o Brasil sofria algumas revoltas de caráter separatista e outras rebeliões teve que destacar boa parte de sua frota para contenção desses eventos. Entrando em cena o Bill Aberdeen, lei inglesa de 8 de agosto de 1845 que proibia o tráfico de escravos entre a África e a América. Assim, a marinha inglesa apresava navios negreiros de forma unilateral (Noronha, 2011).

Em 4 de setembro de 1850, a lei “Eusébio de Queiroz” também entrou em vigor para coibir o tráfico negreiro. Essa lei equiparava o tráfico de escravos à pirataria, trazia a previsão de repatriação dos homens encontrados em navios negreiros por conta do próprio estado e, também, penalidades para as figuras de tentativa do crime e de participação (Chalhoub, 2012).

A Lei do Ventre livre, 28 de setembro de 1871, diferente das outras que haviam sido promulgadas até então para coibir o tráfico, aparece para dar liberdade a todos os filhos de escravos que nascessem no Brasil a partir de sua promulgação.

As escravas deveriam criar os filhos até os oito anos de idade e a partir disso o proprietário poderia escolher entre duas opções: uma indenização do Estado ou

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

utilizar-se do serviço do menor até a idade de 21 anos. Na prática os indivíduos que tinham “condição de livre” se juntavam aos outros escravos nas senzalas e acabavam por sofrer os mesmos tipos de castigos e punições, ainda que de forma ilegal (Costa, 1989, p. 408).

A lei dos sexagenários, de 28 de setembro de 1885, como o próprio nome diz, liberava os escravos de 60 anos ou mais. Entretanto, os agora homens libertos, possuidores de mais de 60 anos, deveriam ainda trabalhar para o senhorio por um conjunto de tempo que durasse 3 anos até atingir a idade de 65 anos, como forma de indenização. Os proprietários que substituíssem os escravos por homens livres ainda receberiam do estado títulos que valiam à época 12 vezes mais do que pagavam de salário aos “homens livres” (Biblioteca Nacional, 1998, p. 48). Além disso, previa a liberação gradual em que a idade seria compatível com o tamanho da indenização paga ao proprietário.

O maior ato abolicionista do Império, a Lei Áurea, de 13 de maio 1888, não foi sancionada diretamente por Dom Pedro II, imperador que era totalmente favorável ao abolicionismo e que desde que assumiu o trono a coroa deixou de possuir escravos. Em 1888 a princesa Isabel, ocupante do trono naquele momento, sancionou a Lei Áurea, que declarou em seu artigo 1º, “extinta desde a data desta lei a escravidão no Brasil”.

A Lei Áurea apareceu no cenário nacional conferindo liberdade formal aos escravos. Esses, por sua vez, passaram a ser homens livres oficialmente. No entanto, um novo problema social apareceu para os novos homens livres, tiveram que buscar meios para se sustentar e, portanto, necessitaram buscar empregos (Costa, 1989).

Esses indivíduos já sofriam preconceito da sociedade por terem sidos escravos o que faziam com que os melhores empregos não fossem dados a eles. Tiveram que aceitar empregos da informalidade, recebendo bem menos do que mereciam, as vezes trabalhando para os mesmos patrões. A escassez de oportunidades resultou em uma profunda desigualdade social na sociedade brasileira (Fausto, 2012, p. 41).

3 ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA

Ainda que a escravidão tenha se tornado ilegal, com a promulgação da lei

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

Aurea, ela continuou existindo, mesmo que com uma face diferente. Com o avanço do capitalismo no mundo todo e uma constante necessidade de emprego de mão de obra em várias áreas comerciais a busca por um lucro sempre maior desenvolveu uma ânsia por uma mão de obra cada vez mais barata.

> Embora possa parecer que a escravidão é problema do passado e, assim, assunto apropriado para historiadores, seu legado ainda vive, como revela qualquer estudo da distribuição de renda por cor. Ademais, as recentes descobertas de trabalho forçado na agricultura e no garimpo em condições de cativeiro em diversas partes do pais no início do século XXI demonstraram que ainda paira a sombra da escravidão sobre o Brasil e que as forças da ganância e do poder que tornaram tal instituição durável antes de 1888 não desapareceram, porém simplesmente se transformaram num contexto moderno (Schwartz, 2001, p. 57).

Enquanto na escravidão histórica o fator predominante para a submissão era a cor da pele, na escravidão contemporânea o critério decisivo é baseado na desigualdade social. Sempre que há grandes latifundiários e outros empresários em uma ponta em busca de um lucro a qualquer custo, na outra ponta existe um grande número de desempregados, ou mesmo subempregados, procurando melhores condições de vida.

Assim seres humanos que vivem em condições precárias são expostos ao bel prazer de empresários sedentos por lucro. Dessa maneira, pode-se dizer que a escravidão contemporânea se dá em virtude da expansão do capital sem observância e respeito aos direitos humanos (Figueira, 2011).

Atualmente os estudos sobre trabalho escravo contemporâneo apresentam inúmeros conceitos e denominações para esse tipo de situação. A OIT (Organização Internacional do Trabalho) utiliza em suas criações jurídicas o termo Trabalho forçado e/ ou trabalho obrigatório.[34] Há, ainda, autores que preferem a definição apresentada no Código Penal Brasileiro em seu artigo 149 “condição análoga à de escravo”.[35] No entanto, essas denominações não englobam todas as circunstâncias nem apresentam

[34] À exemplo a Convenção 105: “Todo o Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifique a presente convenção compromete-se a suprimir o trabalho forçado ou obrigatório e a não o utilizar sob qualquer forma” e continua a utilizar os termos ao longo do corpo de seu ordenamento jurídico”.

[35] Artigo 149 do Código Penal: “Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto”.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

todos os traços dos cenários de escravidão contemporânea.

Além do que, parece mais acertada a corrente dos autores que preferem definir exatamente com o termo “trabalho escravo contemporâneo” justamente por dar a ideia de escravidão – que é o que de fato ocorre – impactando o público que escuta essa denominação e remetendo à escravidão histórica, mas ressaltando as diferenças de cada período cronológico.

Se na escravidão histórica, compreendida no Brasil entre os séculos XVI e XIX o escravo era visto como coisa e tinha uma valoração - custava dinheiro - e integrava o patrimônio pessoal de seu proprietário que por sua vez fazia um esforço, ainda que mínimo, para o proteger e conseguir manter “sua propriedade” no trabalho constante, na escravidão contemporânea o escravo não possui nem essa relação mínima de proteção com o seu “empregador”, ou seja, como o aliciamento quase não importa custos ao empresário ele pouco, ou menos ainda, faz para proporcionar condições de sobrevivência ao escravo contemporâneo.

Por haver inúmeras formas de escravidão contemporânea é mais acertado não determinar um único e exclusivo conceito. Poderia ser utilizado o caput do artigo 2º da Convenção 29 da OIT “o termo «trabalho forçado ou obrigatório» designará todo o trabalho ou serviço exigido a um indivíduo sob ameaça de qualquer castigo e para o qual o dito indivíduo não se tenha oferecido de livre vontade”[36].

No entanto, não parece ser totalmente adequada porque muitas vezes o indivíduo (escravo contemporâneo) ‘se oferece de livre vontade’ para ir ao trabalho, ainda que mediante embuste, farsa, burla ou qualquer outra designação que sirva para definir a mentira contada pelo “gato” ou “coiote”.

Bom parâmetro para enquadramento das situações de trabalho escravo, ainda que não propicie uma definição completa, é o próprio artigo 149 do Código Penal Brasil. Esse artigo apresenta 4 condições sob as quais o indivíduo submetido a qualquer uma delas (e não é necessário mais do que uma) estaria subjugado a condição de escravo contemporâneo.

[36] Convenção 29 da OIT, artigo 2º, Caput: “Para os fins da presente Convenção o termo «trabalho forçado ou obrigatório» designará todo o trabalho ou serviço exigido a um indivíduo sob ameaça de qualquer castigo e para o qual o dito indivíduo não se tenha oferecido de livre vontade.”

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

O trabalho forçado é o primeiro elemento caracterizador do trabalho escravo contemporâneo, e corresponde a obrigatoriedade de que o trabalhador seja submetido ao trabalho sem possibilidade de deixar o local por causa de dívidas ou coação moral ou física.

Períodos de trabalho exaustivos, que colocam em risco a saúde e a integridade física do empregado, sem respeitar intervalos intrajornadas e, geralmente, sem conceder o descanso semanal impedindo o trabalhador de manter uma vida saudável tanto fisicamente quanto socialmente, caracterizam o segundo elemento, a jornada exaustiva (Masson, 2016).

A servidão por dívida é o terceiro núcleo caracterizador, e acontece quando o empregador impõe ao empregado dívidas falsas referentes a gastos que deveriam ser arcados pelo próprio empregador, como transporte até o local onde o trabalho será realizado, alimentação, habitação, aluguel de equipamentos de proteção individual e ferramentas de trabalho. O empregador cobra preços exorbitantes e impede a saída, mediante vigia, do “escravo contemporâneo” enquanto ele não pague as dívidas (o que é quase impossível porque ele gasta mais para trabalhar do que recebe) (Delmanto, 2002).

Por último está a condição degradante, que é o conjunto de elementos que demonstram a precariedade das condições em que vivem e trabalham os escravos contemporâneo. Condições precárias de moradia, alimentação de má qualidade e conservada inadequadamente, maus-tratos, violência física e moral, e outros, são exemplos das condições degradantes encontradas nos cativeiros (Masson, 2016, p. 717).

Essas quatro condições são parâmetros para o enquadramento do trabalho escravo contemporâneo, mas também não definem um único conceito. Conceito esse que não é apresentado no presente artigo por não ter pretensão de limitar uma situação, tendo em vista os inúmeros tipos de trabalho escravo contemporâneos no Brasil e, também, em outras partes do mundo.

O trabalho escravo aparece de inúmeras formas no País sendo que desde 1995 foram libertados cerca de 50 mil escravos contemporâneos, dos quais 25% deterioram-se trabalhando com Cana, 29% na pecuária, 19% lavouras em geral, e

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

ainda grandes números na carvoaria, confecção e construção[37].

Dessa maneira, é descabido e inútil tentar conceituar essa atividade com uma única denominação. Sendo mais importante demonstrar algumas das diferenças entre o trabalho escravo contemporâneo rural e o urbano, para assim evidenciar algumas de suas particularidades e demonstrar alguns parâmetros que, posteriormente, podem ser usados como critérios para enquadrar uma atividade nessa situação.

3.1 ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA RURAL

Como já mencionado, a desigualdade social no país é o principal fator que leva ao uso de mão de obra escrava no século XXI. Os escravos, em geral pessoas humildes e em busca de alguma perspectiva de melhora de vida, tentam, através da 'oportunidade' que o empregador (escravocrata contemporâneo) concede, mudar sua condição de vida sem saber que estão envoltos em uma trama e que, na verdade, ele se qualifica como vítima.

A escravidão rural se divide em algumas fases, o arrebanhamento (recrutamento) dos empregados (escravos), transporte, trabalho e novo ciclo, essas etapas serão explicadas de maneira pormenorizada a seguir. As principais atividades rurais que envolvem trabalho escravo no Brasil, são o extrativismo da cana, derrubada de matas nativas para pastoreio, pecuária, carvoaria, plantio de sementes e algodão.

Essas atividades se concentram basicamente na região Norte e na região Centro-Oeste e demandam grande quantidade de mão de obra. Dessa maneira, os empresários desses ramos visam contratar a mão de obra o mais barato possível, sem se importar com os direitos desses trabalhadores.

De forma geral, o emprego dessa mão de obra é recrutado através de um terceiro (para tentar evitar que o fazendeiro ou empresário seja responsabilizado) denominado "gato". A contratação dos trabalhadores é feita geralmente no Nordeste se aproveitando da desigualdade social daquela região. Em excerto já consagrado, Alison Sutton aponta:

> O recrutamento é feito, em grande medida, por empreiteiros ou gatos. Estes

[37] Disponível em: http://escravonempensar.org.br/sobre-o-projeto/o-trabalho-escravo-no-brasil/ acesso em: 20 de maio de 2017.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

> homens chegam com um caminhão a um a uma área afetada pela depressão econômica e vão de porta em porta ou anunciam pela cidade toda que estão recrutando trabalhadores. Às vezes usam um alto-falante, ou o sistema de som da própria cidade. (...) em muitos casos, tentam conquistar a confiança dos recrutados potenciais trazendo um peão, que pode já ter trabalhado para eles, para reunir uma equipe de trabalhadores. O elemento de confiança é importante, e sua criação é favorecida pela capacidade que tem o gato de dar uma imagem sedutora do trabalho, das condições e do pagamento que esperam os trabalhadores (Sutton, 1994, p. 35).

Dessa forma, ressalta-se a capacidade de sedução do ‘gato’ para aliciar e apinhar trabalhadores, chegando a oferecer até alguma quantia em dinheiro como adiantamento para lograr confiança do indivíduo e a partir disso o embustear.

Os gatos prometem boas condições de salário, um contrato, assistência médica, meios de transporte adequados e boas moradias. Essa ilusão de melhora transmite confiança ao empregado que compara isso à situação em que vive e decide embarcar rumo ao desconhecido.

Estrategicamente o ‘gato’ contrata os trabalhadores nas próprias cidades dos indivíduos não indicando o local em que será executado o trabalho ou, mesmo, indicando local diverso daquele em que ele realmente laborará.

Para a viagem longa nas estradas o acondicionamento dos indivíduos também não é bom. Algumas vezes são transportados em ônibus ilegais tendo assentos para se sentarem, mas geralmente sem refeições. Outras vezes, são transportados em caminhões “pau-de-arara” sendo entulhados no chão em viagens demoradas e muitas vezes utilizando-se de estradas alternativas para evitar a fiscalização. O sofrimento da viagem remete muito ao tráfico negreiro, guardada as devidas proporções.

> A viagem pode levar vários dias, com direito a demorados desvios ocasionais por trilhas secundárias para evitar as barreiras da estrada. Eles pararão ao lado da estrada para cozinhar as refeições. Ocasionalmente, alguém contrabandeará uma garrafa de bebida para bordo e mais cedo ou mais tarde sairá uma briga. Em algum momento durante a viagem, um dos homens poderá pensar outra vez e tentar ir embora. Quando ele perceber que o capataz tem um revólver, provavelmente pensará duas vezes (Breton, 2002, p. 42).

Quando o trabalhador chega na fazenda ou no local onde será executado o trabalho, seja ele permanente ou temporário, já tem a dívida da viagem contraída. Ao chegar ao local, ainda se depara com outra dívida: a moradia. O trabalhador quando é contratado na sua cidade de origem não tem conhecimento que deverá pagar por

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

sua moradia, alimentação e outros itens essenciais para seu trabalho nessas regiões remotas.

Ao chegar no destino, passa a habitar casebres, barracos de papelão e lona, casas de pau a pique com chão de terra batida entre outras moradias improvisadas por eles ou por escravos de outras temporadas. Geralmente, não possuem banheiro, eletricidade, água potável ou qualquer outro tipo de elemento básico.

Devem ainda alugar ou comprar suas ferramentas de trabalho e comprar suas comidas e objetos como utensílios domésticos, produtos de higiene, entre outros nas revendas do próprio empregador (geralmente quando afastados da zona urbana) ou naquelas por ele indicado se o local de trabalho for mais próximo da região. As revendas praticam sempre preço maiores do que o verdadeiro valor dos itens e nunca cobram o trabalhador de imediato, sempre anotando em um caderno a dívida constituída naquele momento. Constituindo na prática de Truck System ou “barracão”.

Somados os preços da viagem, da moradia, habitação da comida consumida e dos objetos adquiridos na revenda do empregador o escravo contemporâneo se mantém sempre endividado. E aí se apresenta a primeira modalidade de sujeição: a sujeição por dívida.

Nessa modalidade, o indivíduo ou é proibido de sair até que pague sua dívida ou por uma questão de inocência, desinformação e honra íntima não quer deixar o trabalho devendo dinheiro, o que acaba acarretando na continuação do trabalho escravo contemporâneo.

Em 2016 o Brasil foi o primeiro país a ser condenando pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em uma questão de escravidão, naquele que ficou conhecido como “O caso Brasil Verde” 128 trabalhadores rurais ingressaram com ação contra o Brasil na CIDH, que foi condenado ao pagamento de 5 milhões de dólares americanos a título de indenização.

Esses trabalhadores estavam submetidos ao trabalho escravo na fazenda Brasil Verde, pertencente ao Grupo Irmãos Quagliato, que está entre os maiores pecuaristas do País. O estado brasileiro por ter ciência da condição dos trabalhadores e não mudar essa situação foi condenado pela OEA a indenizar os “peões de trecho”. A Fazenda Brasil Verde fica no município de Sapucaia, sul do Pará. A área total da

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

Fazenda possui mais de 8.500 hectares de terra onde se criam cabeças de gado. As situações apresentadas nesse processo e a sentença desfavorável para o Brasil deixam bem claro como se dá as violações de direitos humanos através do trabalho escravo em pleno século XXI.

Ainda que apresente várias possibilidades, a escravidão rural não é a única forma existente de violação dos direitos humanos no contexto da escravidão.

3.2 ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA URBANA

O segundo modelo de escravidão contemporânea é a escravidão urbana. O fato de a desigualdade social no país ser muito acentuada é também um dos fatores que contribuem para esse modelo de escravidão, no entanto não é o único.

Enquanto na escravidão rural temos majoritariamente trabalhadores saindo do Nordeste rumo ao Norte e Centro-oeste do país (especialmente Pará e Mato-Grosso) na escravidão urbana os indivíduos também saem do Nordeste e rumam para São Paulo. Além dessa região, ressalta-se o aliciamento de pessoas primordialmente de fora do país, precipuamente da Bolívia e do Paraguai.

> Nos grandes centros urbanos a violação da dignidade da pessoa humana e a prestação de serviços em condições análogas à de escravo também se faz presente, trata-se de exploração da mão-de-obra dos trabalhadores latinos, geralmente bolivianos e paraguaios que são aliciados em seus países de origem e ingressam irregularmente no Brasil (...) (Carlos, 2006, p. 257).

Em suma, a escravatura urbana ainda poderia ser dividia em duas (sem negar a existência de outras) principais modalidades: construção civil e a confecção (costura), ressaltando ainda o caso das imigrantes paraguaias que atravessam a fronteira para trabalhar como domésticas em casas brasileiras.

A construção civil angaria, geralmente, brasileiros vindos do Nordeste. O gato se aproveita das mesmas situações do trabalho escravo rural: induz, ilude, engana, se aproveita das situações de pobreza e cria expectativas de que em uma cidade grande do Brasil, quase sempre São Paulo, trabalhando como pedreiro ou servente o indivíduo vai conseguir uma vida melhor ficando presos pela dívida ou pela retenção de documentos.

Assim como no trabalho rural, no trabalho urbano também temos a figura de

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

um intermediário, o gato ou nesse caso, “coiote”. Alguém que, anuncia vagas de emprego através das inúmeras agências de trabalho espalhadas pelas ruas da Bolívia disponibilizando apenas um número de telefone para o qual o pretendente à vaga deve telefonar. A questão da discricionariedade e do sigilo demasiado são justamente para fugir dos olhos das autoridades locais e brasileiras.

O aliciamento para a costura, a qual esse texto se prenderá primordialmente, também exige do gato (coiote) a qualidade de sedução. Esses intermediadores engabelam os bolivianos, que buscam dar condições melhores as suas famílias na Bolívia e por isso partem ao Brasil em uma situação de ilegalidade. O *modus operandi* é similar em todas as situações, promessas de um salário compatível, viagem, moradia e comidas pagas ou ‘livres’.

Quando na verdade chegam ao Brasil, os trabalhadores já estão endividados com o valor gasto pelo coiote na passagem. Quanto a moradia, em geral residem no mesmo local de trabalho, em condições precárias em que devem pagar, ainda, pelas máquinas de costura.

> (...) com promessas de bom salário e passam a trabalhar, sem qualquer reconhecimento do seu trabalho, para proprietários das oficinas de costuras onde residem em condições degradantes, recebendo alimentação insuficiente e ao final do mês, após o pagamento das despesas que lhes são apresentadas pela moradia e alimentação, nada lhes resta, a não ser continuar a trabalhar sob a ameaça de expulsão do país, por meio de denúncias às autoridades competentes (Carlos, 2006, p. 267).

Geralmente, sem comida adequada, sem água quente para banhos e com péssimo lugar para dormir, os bolivianos só podem sair do local de trabalho ou efetuar alguma melhoria em sua residência, com o pouco que possuem, se forem autorizados pelos patrões das confecções. Ficam sempre presos aos patrões e as confecções pelo medo de serem denunciados para a fiscalização de estrangeiros do país ou pela retenção de dinheiro e/ou documentos.

Seus patrões podem ser tantos bolivianos encarregados (que geralmente tem as mesmas condições dos trabalhadores, e as vezes nem sabem dos crimes que estão cometendo, apesar de receberem uma quantia um pouco maior) ou mesmo os donos dessas pequenas oficinas de confecção.

Algumas grandes lojas de roupas mundiais e marcas de grifes contratam

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

confecções para a produção de suas roupas. Essas grandes confecções contratam confecções menores, que trabalham de forma clandestina e informal, utilizando-se da mão de obra escrava para baratear o custo de produção das roupas. Estima-se que em São Paulo exista entre 8 a 12 mil pequenas confecções que se utilizam de mão de obra escrava, e cerca de 100 mil bolivianos nessas condições.

> Os bolivianos costumam trabalhar das 6h às 23h ou das 7h às 24h e ganham entre R$ 200,00 e R$ 400,00 (...). Moram num cubículo, no próprio local de trabalho. São Quartinhos de 2,00m x 1,50m que abrigam o trabalhador, sua família, a máquina de costura e mais um espaço para colocar a roupa que é produzida. (Sydow, 2003)

As jornadas exaustivas e as condições de sobrevida que levam, nem sempre faz com que essas pessoas entendam que estão em uma condição de trabalho escravo. Muitos desses imigrantes bolivianos possuem condições similares em seu país de origem, onde ainda podem ganhar menos do que os 0,20 centavos por peça de roupa que obtém em média trabalhando no Brasil.

De mesmo modo acontece com o escravo urbano da construção civil e com o escravo rural, que muitas vezes trabalham só pela comida e moradia (de péssimas qualidades) e para ‘honrar’ o nome e sair sem dívida.

A ZARA, marca de grife do setor de roupas pertencente ao grupo INDITEX admitiu, no dia 21 de maio de 2014, a existência de trabalho escravo na fabricação dos seus produtos no de 2011, quando o MTE resgatou 15 trabalhadores em uma oficina que produzia as roupas da marca.

A empresa fabricava as roupas no esquema de *downsizing* e terceirização, passando a responsabilidade da confecção de roupas para empresas como a “AHA” que se utilizavam de mão de obra escrava na produção, contratando oficinas de pequeno porte geralmente irregulares e gerenciadas por estrangeiros, que poderiam saber da trama ou não (nesses casos também eram escravos), com donos que dificilmente são encontrados (ONG Repórter Brasil, 2011).

Fica claro que independente da forma de trabalho escravo contemporâneo essa situação degradante afeta o direito à liberdade, a dignidade da pessoa humana e não respeita os mínimos direitos trabalhistas, de forma que o governo deve seguir combatendo o trabalho escravo.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

O Brasil tem avançado no combate e diminuição do trabalho escravo contemporâneo com diversas frentes de atuação. Quais sejam através dos planos de erradicação de trabalho escravo, campanhas de mídia, fiscalização de fronteira, da fiscalização nas estradas, grupos de repressão ao trabalho escravo como GERTRAF ações judiciais na Justiça do Trabalho e através da Lista Suja e da Emenda Constitucional 81.

E especificamente no caso das empresas urbanas, tem acertado ao responsabilizar civilmente todas as empresas envolvidas indicando que empresa-marca deve ser responsável por toda a sua cadeia de produção, sendo própria ou mesmo terceirizada.

4 FORMAS DE REPRESSÃO DO TRABALHO ESCRAVO

O Brasil é signatário de inúmeros tratados e convenções nos quais se compromete a abolir todas as formas de trabalho forçado/obrigatório, quais sejam, Convenções 29 e 105 da OIT, Convenção das Nações Unidas sobre Escravatura de 1926, Convenção Suplementar sobre a abolição da escravatura de 1956, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas de 1966, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica) em 1969 e outros documentos.

São inúmeras as formas de repressão do trabalho escravo presentes no país, dentre as quais duas chamam maior atenção atualmente. A primeira forma de combate ao trabalho escravo contemporâneo é justamente a Lista Suja.

4.1 A LISTA SUJA DO TRABALHO ESCRAVO

A Lista Suja do trabalho escravo tem como função precípua apresentar os dados sobre empregadores que foram autuados pelas autoridades competentes como consequência da utilização de mão de obra caracterizada como análoga a de escravo.

A portaria de número 1.234, de 17 de novembro de 2003, pelo Ministério do Trabalho e Emprego determinou que o MTE entregaria a várias autoridades públicas uma lista semestral com a relação de empregadores que submetem trabalhadores a formas degradantes de trabalho ou os mantém em condições análogas à de escravo.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

A partir disso, em 15 de outubro de 2004, a portaria de número 540, criou o Cadastro de Empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo que deveria ser encaminhado à várias autoridades e informando a Fiscalização do Trabalho que deve verificar ao longo de dois anos após a inclusão do infrator no Cadastro a regularidade das condições de trabalho por ele utilizada e, se não houver reincidência, após esse período deverá excluir o nome do cadastro.

Por fim, a portaria 1.150 de 18 de novembro de 2013, recomenda aos agentes financeiros que se “abstenham de conceder financiamentos ou qualquer outro tipo de assistência com recursos” para quem estiver integrando o Cadastro (Lista Suja). Medida de grande valia, tendo em vista que normalmente quem emprega mão de obra escrava é um grande empreendimento que geralmente recebe algum tipo de financiamento.

O principal questionamento quanto a Lista Suja é a de que viola a presunção de inocência por não ser publicada após um possível processo judicial, “punindo” o empregador sem sentença judicial. Não há que se falar em punição dos empregadores, ao passo que a Lista Suja serve apenas para dar publicidade a um ato da administração pública que respeita a ampla defesa e o contraditório no próprio processo administrativo.

Quanto a instalação do não financiamento e não concessão de crédito de produtores que utilizam a mão de obra escrava pelos entes do poder público conforme as portarias mencionadas, trata-se de indicação muito acertada tendo em vista que o próprio governo estaria financiando a atividade escrava no país (Cesário, 2011).

Além disso, com base na Lista Suja, o instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, o Instituto Observatório Social, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a ONG Repórter Brasil lançaram em 2005 o Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo. Que tem como principais, entre outros, planos de ação, tentar restringir comercialmente empresas que utilizem de práticas escravocratas, apoiar a reinserção social dos trabalhadores encontrados em situações de trabalho degradante, e apoiar ações de publicização de informação sobre o trabalho escravo e destinadas a proteção dos indivíduos.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

Esse pacto já possui inúmeras empresas signatárias e a tendência é aumentar a medida que a sociedade perceba que isso é um problema de todos.

4.2 A EMENDA CONSTITUCIONAL NÚMERO 81

O artigo 149 do Código Penal prevê pena de 02 a 08 anos de reclusão e multa para quem faz uso de mão de obra escrava. No entanto, a pena acima proposta seja a de reclusão, ou seja, a de multa parece não enfraquecer a prática desse crime o que tornou necessário a inserção de um novo mecanismo de defesa.

A Emenda Constitucional de número 81 aprovada em 05 de junho de 2014 alterou o artigo 243 da Constituição Federal Brasileira para nela incluir a possibilidade de expropriação de propriedades rurais e urbanas onde forem localizadas exploração de trabalho escravo, que serão destinadas à reforma agrária e a projetos de habitação popular. Ainda depende de regulamentação por lei[38].

O confisco da propriedade rural ou urbana que utilizar a mão de obra de trabalho escravo será através de processo civil de expropriação depois de sentença penal transitada em julgada, o que leva a crer que as expropriações dificilmente acontecerão tendo em vista que até 2014 não havia nenhuma sentença penal condenatória por crime do artigo 149 do Código Penal.

Questiona-se o fato de a expropriação ser uma medida muito gravosa em que o estado estaria interferindo na propriedade privada, no entanto é válido ressaltar que a propriedade privada deve cumprir sua função social. Conforme ordena a Constituição Federal Brasileira a função social da propriedade rural é satisfeita quando a “exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”[39].

E, a função social de uma propriedade não pode ser considerada satisfeita com o emprego de mão de obra escrava que não propicia o bem-estar dos trabalhadores, ao contrário, os expõe a grandes violações dos Direitos Humanos.

---

[38] O projeto de lei 432/2013 tramita no Senado Federal para definir o conceito de trabalho escravo, regulamentar a expropriação, organizar a criação do fundo de arrecadação das propriedades e bens e de suas formas de disposição e regulamentar outros quesitos da EC 81/14.

[39] Artigo 186 CFRB/88.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar das diferenças entre a escravidão histórica e a escravidão contemporânea nota-se, inegavelmente, muitas semelhanças em relação ao tratamento, as condições de submissão, não pagamento (ou mau pagamento quando ocorre) condições de alojamento e comida. No contraste entre as duas escravidões, destaca-se três pontos principais: a maneira pelos quais eram capturados, o enclausuramento e o valor ao patrão.

Diferente da escravidão histórica os escravos contemporâneos não são arrastados e capturados a força para o local onde serão subjugados ao trabalho forçado, eles são enganados mediante burla, farsas e invencionices apresentados pelos gatos e coiotes e que, mediante a necessidade, passam a acreditar em uma expectativa (esperança) de melhora de vida, abusando da ingenuidade e falta de informação dessas pessoas, que muitas vezes desconhecem o fato de estarem sendo feitas de escravo.

O segundo ponto é o modo pelo qual os escravos negreiros eram aprisionados, seja através de correntes ou mesmo agressões físicas e ameaças. Apesar das ameaças e agressões persistirem, hoje em dia o aprisionamento se dá em sua maioria através do isolamento geográfico, da retenção de documentos e de dinheiro.

A última diferença importante, é a constatação do valor ao qual era dado aos escravos negros. Os escravos a época do Brasil colonial possuíam status de coisa, e por isso tinham um valor que seria compensado com trabalho, só compensando ao senhorio possuir um escravo que realmente sobrevivesse e trabalhasse para pagar o seu preço de custo. No entanto, o escravo contemporâneo não tem custo ao escravocrata moderno, o que torna essa relação ainda mais perigosa por não conceder nenhuma espécie de “proteção de custo” ao escravo contemporâneo.

As vantagens para o escravocrata moderno são inúmeras, a redução de custos de produção é o que alavanca o uso desse tipo de mão de obra. Por isso, casos como o da Zara e Fazenda Brasil Verde apresentados no trabalho não são os únicos no país. Ao contrário, quanto maior o trabalho de fiscalização e combate a esse tipo de degradação dos Direitos Humanos mais se verifica a existência do emprego desse tipo de trabalho.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

E, é justamente nesse ponto que as evoluções que o Brasil tem apresentado nas ações referidas no trabalho e propositura de novas legislações, como a Emenda Constitucional 81 e mesmo a já empregada Lista Suja do trabalho escravo, juntamente com, Polícia Federal, Ministério Público e Ministério do trabalho, além das ONGS fazem um trabalho importante de fiscalização e repressão do trabalho escravo que ainda não é o suficiente, mas que já é muito elogiado pela ONU e pela OIT.

Fato é, que existe uma necessidade de legislação infraconstitucional que regulamente a Emenda Constitucional 81 e possibilite uma rápida expropriação das propriedades em que forem encontradas mão de obra escrava. E, por último, faltam esforços na prevenção ao trabalho escravo, maior controle de fronteiras, fiscalização em cidades pequenas e maior investimento em grupos táticos de prevenção.

Enumerados todos esses pontos, percebe-se que apesar da gravidade do trabalho escravo contemporâneo no Brasil, é possível que seja feito um trabalho para minimizar ou eliminar a existência desse tipo de deterioração dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BIBLIOTECA NACIONAL. Para uma história do negro no Brasil, 1998.

BRETON, Binka Le. **Vidas Roubadas:** a escravidão moderna na Amazônia brasileira. São Paulo: Loyola, 2002.

CALDEIRA, Jorge. **Viagem pela História do brasil**. 2ed. São Paulo: Companhia das letras, 1997.

CAPISTRANO DE ABREU, João. **Capítulos de história colonial: 1500-1800 & Os caminhos antigos e o povoamento do Brasil.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

CARLOS, Vera Lúcia. **Estratégia de atuação do Ministério Público do Trabalho no combate ao trabalho escravo urbano**. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves. **Trabalho escravo contemporâneo**: o desafio de superar a negação. São Paulo: LTr, 2006.

CESÁRIO, João Humberto. **O Cadastro de Empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo como instrumento de afirmação da cidadania**: questões constitucionais e processuais (à luz da nova lei do mandado de segurança). In: NOCCHI, Andrea Saint Pastous (coord.). Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.

CHALHOUB, Sidney. **A força da escravidão:** ilegalidade e costume no Brasil oitocentista. 1ed. São Paulo: Companhia das letras, 2012.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

COSTA, Emília Viotti da. **Da Senzala à Colônia.** 3ed. Editoria Brasiliense: São Paulo, 1989.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado.** 6ed. Rio de janeiro: Renovar, 2002.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil.** 14ª ed. São Paulo: Editora Edusp, 2012.

FIGUEIRA, Ricardo Rezende. PRADO, Adonia Antunes. SANT'ANA JÚNIOR, Horácio Antunes de. **Trabalho Escravo Contemporâneo:** um debate transdisciplinar. Rio de Janeiro: Mauad X, 2011.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **História geral da civilização brasileira:** do descobrimento à expansão territorial. 15ed. Tomo 1. vol. 1. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 2007.

MARQUESE, Rafael de Bivar. **A dinâmica da Escravidão no Brasil:** resistência, tráfico negreiro e alforrias, séculos XVII a XIX. Novos Estudos CEBRAP, 74, março de 2006.
MASSON, **Cléber. Código penal comentado.** 4ed. São Paulo: Método, 2016.

NORONHA, Ibsen. **Escravidão e Leis no Brasil:** aproximações jurídico-históricas. Brasília 2011.

PINSKY, Jaime. **A escravidão no Brasil.** 21ª ed. Editora Contexto: São Paulo, 2010.

PRADO JÚNIOR, Caio. **História Econômica do Brasil.** 43ª Ed. São Paulo: Brasiliense 2012.

SCHWARTZ, Stuart. **Escravos roceiros e rebeldes.** Bauru: Ed. Universidade do Sagrado Coração, 2001.

SUTTON, Alison. **Trabalho escravo:** um elo na cadeia da modernização no Brasil de hoje. São Paulo: Loyola, 1994.

SYDOW, Evanize. Bolivianos escravizados no Brasil. In SYDOW, Evanize; MENDONÇA, Maria Luisa. **Direitos humanos no Brasil 2003 –** Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos. São Paulo: Outras Expressões, 2003.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS POR PUBLICIDADE ILÍCITA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

THE CIVIL LIABILITY OF DIGITAL INFLUENCERS FOR ILLEGAL ADVERTISING IN THE CONTEXT OF CONSUMER RELATIONS

Laysa Sthefany Kenauth[40]
Keli Patrícia Herpich[41]

RESUMO: Com o progresso tecnológico e a crescente popularidade das redes sociais, surgiram novos espaços e ferramentas para a comercialização de produtos e de serviços, possibilitando, assim, um alcance sem precedentes. Nesse cenário, surgiram os influenciadores digitais, que, ao compartilharem seus estilos de vida, experiências e gostos, consolidaram-se como figuras centrais no comércio digital. Nesse sentido, o presente artigo tem por objetivo compreender a figura dos influenciadores digitais, quem são e como atuam nas mídias sociais, bem como a relação jurídica criada entre eles e o público, com especial atenção à existência de uma possível relação de consumo. Em seguida, será realizado a análise conceitual da responsabilidade civil, com aprofundamento nas modalidades objetiva e subjetiva. Posteriormente, a responsabilidade civil será abordada sob o prisma do direito do consumidor. Após, serão ponderados serão ponderados os contornos da responsabilidade civil dos influenciadores digitais e a viabilidade de ação regressiva contra as empresas contratantes. A metodologia utilizada será a hipoteticamente dedutiva, baseada na investigação teórica das doutrinas, em artigos científicos e em revistas jurídicas que versam sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade civil; influenciador digital; direito do consumidor; publicidade ilícita.

ABSTRACT: With the advancement of technology and the growing popularity of social media, new spaces and tools have emerged for the commercialization of products and services, enabling unprecedented reach. In this scenario, digital influencers have emerged, who, by sharing their lifestyles, experiences, and tastes, have consolidated themselves as central figures in digital commerce. In this sense, the present article aims to understand the figure of digital influencers, who they are and how they act on social media, as well as the legal relationship created between

[40] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Univel.
[41] Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Univel.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

them and the public, with special attention to the existence of a possible consumer relationship. Subsequently, a conceptual analysis of civil liability will be carried out, delving into the objective and subjective modalities. Afterwards, civil liability will be addressed from the perspective of consumer law. Then, the contours of the civil liability of digital influencers and the feasibility of a recourse action against contracting companies will be considered. The methodology used will be the hypothetic-deductive method, based on the theoretical investigation of doctrines, scientific articles, and law journals that address the subject.

KEYWORDS: civil liability; digital influencer; consumer law; unlawful advertising.

1 INTRODUÇÃO

A publicidade de produtos e de serviços possui importância no mercado de consumo, em razão da sua capacidade de influenciar as decisões de compra dos consumidores, além de aumentar a visibilidade das marcas, o que pode levar ao aumento das vendas e à fidelização dos clientes. Porém, pode se tornar um veículo de ilicitudes que, com frequência, lesam os consumidores.

A eficiência da publicidade depende do poder de persuasão e da credibilidade de suas fontes emissoras, ou seja, dos influenciadores digitais, pois esses exercem grande influência sobre o público e fazem com que muitos consumidores acreditem e sigam fielmente suas opiniões, preferências e recomendações.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) regula a publicidade e delimita a caracterização das ilicitudes nela manifestadas. Nesse contexto, a presente pesquisa cinge-se a analisar a possibilidade de responsabilizar, civilmente, os influenciadores digitais que participam e que propagam, em canais de comunicação, publicidades ilícitas.

Nesse viés, o tema se concentra na análise das implicações legais e jurídicas da conduta de influenciadores digitais que promovem produtos ou serviços de forma inadequada, enganosa ou desonesta, e como essa conduta pode afetar as relações de consumo.

Para o problema apresentado acima, têm-se a hipótese trazida por Barbosa, Silva e Brito (2019), que defendem que, sendo lícita a publicidade e com observância da lei, a ocorrência de vícios ou defeitos em produtos ou serviços após a divulgação não enseja a responsabilidade do influenciador, visto que não há vínculo direto entre a publicidade lícita e o vício do produto, devendo a responsabilidade pelo fato do

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

produto ou serviço ser atribuída exclusivamente em relação ao fornecedor.

Todavia, em entendimento contrário, o Superior Tribunal de Justiça (STJ),no REsp 1840239 PR 2019/0288649-7 (Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Publicação: DJ 23/02/2021), determinou que os influenciadores digitais podem ser responsabilizados civilmente por danos causados aos consumidores em decorrência da veiculação de publicidade enganosa, independentemente de sua intenção ou conhecimento prévio das informações falsas divulgadas (BRASIL, 2021).

Nesse viés, serão examinados a definição de influenciadores digitais, qual o alcance da influência que exercem na publicidade, a identificação e a caracterização da publicidade ilícita - abrangendo práticas enganosas, a falta de transparência, a influência não declarada, entre outros comportamentos inadequados.

Para alcançar o que foi citado, será empregada a metodologia hipoteticamente dedutiva, com base nas hipóteses específicas, a qual envolve a sua observação e verificação, de modo que serão analisadas legislações e pensamentos doutrinários, artigos científicos e revistas jurídicas que versam sobre o tema em estudo.

2 ATUAÇÃO DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS NA SOCIEDADE CONSUMERISTA

O ato de influenciar é caracterizado por exercer uma ação psicológica sobre algo ou alguém e, na era digital, os influenciadores digitais desempenham um papel crucial nesse processo, já que, ao se conectarem emocionalmente com seus públicos, eles não apenas promovem produtos, mas também constroem relacionamentos de confiança que amplificam seu poder de persuasão, evidenciando a profunda capacidade de influência que possuem no cenário atual.

Seguindo-se por essa linha, Gallucci (2021) relata que o influenciador é aquele indivíduo que detêm capacidade de alterar comportamentos, gerar novas tendências, fornecer informações e influenciar diretamente as decisões de quem os acompanham em diversos aspectos de suas vidas, como estilo de vida, opiniões e, sobretudo, hábitos de consumo.

Para Azevedo e Magalhães (2021), os influenciadores digitais são personalidades que, através de suas redes sociais, ditam tendências, promovem

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

produtos, compartilham ideias e constroem relacionamentos autênticos com seus seguidores. São considerados as novas faces da esfera digital, da publicidade e do marketing, em que atuam indicando produtos e serviços, além de compartilhar ideias com seu público.

Segundo Valle (2017), do ponto de vista técnico, o influenciador digital é o individuo que, por meio do seu conteúdo, consegue moldar e influenciar a percepção de seus seguidores sobre diversos temas ou ideias. Logo, qualquer pessoa poderia se transformar em um influenciador digital, contanto que tivesse a habilidade de influenciar os outros e formar suas opiniões.

De acordo com Gasparotto *et al.* (2019), os influenciadores surgiram com a ascensão da internet e das redes sociais, o que os torna os maiores propagadores de marcas e de produtos, visto que são acompanhados por milhares de seguidores diariamente. Quando compartilham seus estilos de vida, gostos e experiências pessoais com seus seguidores, conquistam a credibilidade do público e assumem o papel de formadores de opinião, capazes de modificar atitudes e perspectivas daqueles que os acompanham.

Dessa maneira, influenciadores digitais são indivíduos que exercem uma grande e forte influência sobre um determinado público e, por intermédio de diálogos informais com seus seguidores, têm o poder de influenciar a mudança de opiniões e de comportamentos.

No mesmo sentido, Bastos *et al*. (2017) abordam que, na esfera virtual, os novos profissionais exercem uma influência significativa na formação da opinião pública, detendo um poder de influência considerável sobre suas audiências. A credibilidade conquistada junto aos seguidores os posiciona como verdadeiros líderes de opinião no meio digital, capazes de moldar comportamentos e direcionar escolhas de consumo. Ao empregar estratégias eficazes, seja por iniciativa própria ou em parceria com marcas, esses influenciadores estabelecem conexões autênticas com seus públicos, promovendo a adesão a produtos, serviços e ideias de maneira natural e espontânea.

Logicamente, a confiança depositada nos influenciadores digitais, juntamente com a inspiração no modo de comportamento, gera um efeito praticamente instantâneo,

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

indicando um produto ou um serviço assim que uma foto ou vídeo é postado. Para Weimann (1994), presidente do Departamento de Comunicação e professor associado do Departamento de Sociologia da Universidade de Haifa, um influenciador digital é um indivíduo com a capacidade de persuadir e mobilizar uma comunidade *online*, atuando como um catalisador de ideias e tendências. Sua autoridade, construída a partir da credibilidade e da confiança depositadas por seus seguidores, permite que suas mensagens sejam disseminadas de forma eficaz e alcancem um público amplo.

De acordo com Azevedo e Magalhães (2021), a princípio, o influenciador digital não era considerado como uma atividade profissional, caracterizando-se apenas por serem pessoas que, pelos seus atributos, eram figuras proeminentes nas mídias sociais. Contudo, conforme o avanço da internet e das redes sociais, houve o crescimento do comércio digital e, devido a isso, a figura do *influencer* passou a ser utilizada, também, para venda de produtos e de serviços.

Com esse avanço, embora a atividade de influenciador digital ainda não disponha de uma legislação específica que regule suas práticas e relações, é possível encontrar amparo legal em diversas normas já existentes. Como exemplos, pode-se citar o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, a legislação do CONAR, o Marco Civil da Internet, entre outros.

Acrescenta-se que Azevedo e Magalhães (2021) trazem que os influenciadores digitais, em sua maioria, incorporam os produtos e serviços que divulgam em seu cotidiano, buscando transmitir uma experiência autêntica e despertar o interesse de seus seguidores em adquiri-los.

Nesse sentido, Bastos *et al*. (2017) concluem que os *digitals influencers* atuam como formadores de opinião, estabelecendo uma relação de proximidade e confiança com seus seguidores. Essa interação, facilitada pelas redes sociais, cria um ambiente propício para a troca de experiências e influencia diretamente as decisões de compra dos consumidores. Em razão disso, as empresas percebem que essas figuras são benéficas aos seus negócios, e sendo assim, o produto ou serviço da empresa terá uma maior chance de agradar o público-alvo.

Em suma, a atuação dos influenciadores digitais na sociedade consumerista é

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

um fenômeno de grande relevância e impacto, visto que desempenham um papel crucial na formação de opiniões e na promoção de produtos, moldando comportamentos de consumo e as tendências de mercado, por meio de seu alcance e autenticidade, tornando-se poderosos agentes de marketing.

3 A NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE OS INFLUENCIADORES DIGITAIS E OS SEGUIDORES

O influenciador digital usa da imagem para as divulgações de produtos/serviços, influenciando seus seguidores, através das redes sociais, a adquirir o que está divulgando. Nessa conjuntura surge a dúvida a respeito de qual seria a natureza da relação jurídica influenciador *versus* usuário, devido à importância da imagem do influenciador para a aquisição do produto/serviço.

De acordo com Ody e D'Aquino (2021), não existe uma regra específica para a publicidade realizada por influenciadores no direito brasileiro. No entanto, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC) aborda a publicidade voltada ao consumidor de maneira geral, estabelecendo normas que exigem um comportamento ético e legal por parte dos fornecedores. Essas normas certamente se aplicam também aos influenciadores digitais, que devem cumprir exigências relacionadas à publicidade, incluindo: identificação clara, vínculo com a publicidade, veracidade, ausência de abusos, inversão do ônus da prova, transparência, correção de falhas e lealdade.

Para o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária-CONAR, a atividade realizada pelos influenciadores digitais nas redes sociais é classificada como anúncio publicitário, seguindo-se o que é conceituado no art. 18 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CONAR, 2024, p. 11), *in verbis:*

> Artigo 18 Para os efeitos deste Código:
> a) a palavra anúncio é aplicada em seu sentido lato, abrangendo quaisquer espécies de publicidade, seja qual for o meio que a veicule. Embalagens, rótulos e material de ponto de venda são, para esse efeito, formas de publicidade. A palavra anúncio só abrange, todavia, a publicidade realizada em espaço ou tempo pagos pelo Anunciante:
> b) a palavra produto inclui bens, serviços, facilidades, instituições, conceitos ou ideias que sejam promovidos pela publicidade:
> c) a palavra consumidor refere-se a toda pessoa que possa ser atingida pelo anúncio, seja como consumidor final, público intermediário ou usuário (CONAR, 2024, p. 11, *sic*).

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

Por fim, consumidor, segundo o CONAR, é toda pessoa atingível pelo anúncio, como consumidor final, público intermediário ou usuário. Desse modo, os seguidores podem ser enquadrados como consumidores, uma vez que são diretamente influenciados pelos anúncios publicitários veiculados nas mídias sociais. (Azevedo, Magalhães, 2021).

De acordo com Filomeno (2018), na publicidade, três atores principais interagem: o anunciante, o agente publicitário e o veículo de comunicação. O anunciante é o fornecedor do produto ou serviço; o agente publicitário, no caso, o influenciador digital, é o responsável pela criação e produção da mensagem publicitária; e o veículo é o meio utilizado para veicular essa mensagem ao público-alvo.

No âmbito do Código de Defesa do Consumidor, o art. 2° dispõe que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Na sequência, o art. 3º, classifica fornecedor como “toda pessoa que desenvolve atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços” (Lei nº 8.078, de 11 desetembro de 1990).

Por sua vez, Azevedo e Magalhães (2021) abordam a figura do fornecedor por equiparação, conceito criado por Bessa (2007), afirma que além dos sujeitos explicitamente mencionados no artigo 3º do CDC, deve-se considerar como fornecedor também aquele terceiro que, no contexto da relação de consumo, atua como intermediário ou auxiliar, prestando serviços ao consumidor de forma direta e ostensiva, como se fosse o próprio fornecedor do produto ou serviço.

Em complemento, Bessa e Moura (2014) abordam que não condiciona a caracterização de fornecedor à obtenção de lucro, bastando a percepção de remuneração, direta ou indireta, pela atividade desenvolvida. Desta feita, os influenciadores digitais, ao estabelecerem uma relação de consumo direta com os usuários, induzem a estes a crença de que estão adquirindo produtos ou serviços diretamente deles, configurando-se, assim, como fornecedores indiretos.

De acordo com Sampaio e Miranda (2022), os seguidores possuem a visão de que os influenciadores são pessoas mais acessíveis, próximos a eles, o que, inúmeras

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

vezes, obscurece a distinção entre conteúdo publicitário e conteúdo pessoal.

Sampaio e Miranda (2022) pontuam, ademais, que é inegável que, sem a divulgação realizada por influenciadores digitais, as marcas enfrentariam desafios consideravelmente maiores para alcançar um público abrangente, motivo pelo qual se utilizam dos influenciadores para alcançá-los.

Ainda assim, as manifestações dos *influencers* podem causar danos, quando ostensivamente falsas ou imprecisas. Ody e D'Aquino (2021) destacamque atuação dos influenciadores nem sempre se limita à promoção de produtos ou serviços de terceiros, já que, significativas vezes, criam conteúdos prejudiciaisaos seguidores, em busca da autopromoção.

Ody e D'Aquino (2021) trouxeram exemplos disso, como a postagem de Victoria Watts, no Instagram, na qual ela alegou que a ingestão de pílulas de vitaminas poderia prevenir lesões causadas pelo sol na pele, protegendo-a "de dentro para fora", mesmo sem o uso de protetor solar. Da mesma forma, Rachel Hosie, uma influenciadora digital do assunto *fitness*, afirmou que era possível perder peso apenas com o uso de medicamentos, uma alegação que é amplamente refutada por profissionais de saúde.

Ainda, analisa-se que no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078,de 11 de setembro de 1990), no artigo art. 3, os produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e à segurança dos consumidores. Em complemento, tem-se o art. 36 que entende que publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, de forma fácil e imediata, identifique-a como tal. Isso implica que as informações devem ser claras, transparentes e não passíveis de interpretações divergentes, garantindo, assim, a segurança jurídica nas relações de consumo (CDC, 2013, p. 27 e 28).

Isso porque, de acordo com Ody e D'Aquino (2021), o consumidor deve estar consciente de que está recebendo uma mensagem destinada a convencê-lo a comprar um produto ou serviço, e o fornecedor deve visar pelo princípio da boa-fé para garantir que oconsumidor apenas adquira aquilo que realmente necessita e deseja, sem ser

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

levado a comprar apenas porque o produto ou serviço foi anunciado. Sendo a exigência de identificação ainda mais relevante no caso de influenciadores digitais, que frequentemente não deixam claro que seu conteúdo é publicitário.De acordo com Baggs (2019), o caso Fyre, ocorrido em 2017, foi promovido como um evento de luxo, nas Bahamas, mas se transformou em um desastre. Os organizadores, incluindo Billy McFarland e Ja Rule, prometeram experiências exclusivas, acomodações de luxo e o melhor da arte, da comida e da música. Porém os participantes encontraram acomodações inadequadas, comida básica e infraestrutura deficiente, o que, obviamente, gerou caos e desilusão, levando a processos judiciais e à prisão de McFarland por fraudes.

O caso acima se tornou um exemplo, pois a publicidade começou com postagens simultâneas de celebridades nas redes sociais, como as modelos Kendall Jenner, Bella Hadid, Alessandra Ambrósio, entre outras, exibindo apenas um quadrado laranja sem texto e com a hashtag #FyreFestival, sem informações adicionais, apenas para instigar o usuário a comparecer ao evento.Para cumprir a legislação, é necessário utilizar elementos de identificação claros, como *hashtags* ou expressões como "parceria paga", garantindo que o conteúdo publicitário seja evidente, conforme as normas de proteção ao consumidor, e não apenas indicado, de forma discreta, em uma pequena legendano canto da tela (Ody e D' Aquino, 2021).

O art. 37 prevê que toda publicidade enganosa ou abusiva é proibida, sendo considerados atos ilícitos. No parágrafo 1° do referido artigo, salienta-se que é enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário falsa (inteira ou parcial), ou, mesmo por omissão, em que se induz o consumidor ao erro a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços (CDC, 2013, p. 29).

Para determinar a responsabilidade desses novos sujeitos, que não são profissionais liberais, já que habitualmente não são destacados por qualidades intelectuais ou técnicas, há que se refletir se sua atuação se insere em uma relação de consumo, ensejando sua eventual responsabilização por culpa presumida, de forma solidária, como integrante da cadeia de consumo, ou se se configura como relação paritária, a ensejar a aplicação do artigo 186 c/c artigo 927 CC, que depende

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

da demonstração de culpa, ou mesmo do artigo 186 c/c artigo 927, parágrafo único, CC, que tem a culpa por irrelevante, configurando hipótese de responsabilidade objetiva.

Diante do exposto, observa-se que a prática da publicidade ilícita afronta o preceito constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana, uma vez que transcende os limites da legislação consumerista e viola os principais bens jurídicos tutelados pela regulação publicitária: a vulnerabilidade do consumidor e os valores sociais.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS PELA DIVULGAÇÃO DE PRODUTOS OU SERVIÇOS NAS MÍDIAS DIGITAIS

Em um primeiro momento, questiona-se a responsabilidade civil das celebridades que participam de campanhas publicitárias. Ainda que promovam produtos e serviços, a caracterização de danos decorrentes de publicidade ilícita não implica, de imediato, o dever de indenizar por parte dos artistas. Isso porque, em regra, as celebridades não detêm relação direta com o bem anunciado, limitando-se a veicular textos criados por terceiros, como os publicitários.

Com relação às celebridades contratadas, Capez (2022) aponta que se tem entendido que elas não podem ser responsabilizadas pelos danos decorrentes do produto ou de serviço, já que recebem as falas prontas, que são previamente construídas pelos profissionais de marketing e de publicidade, servindo apenas como instrumento vocal ou gestual da mensagem que se pretende passar. Nesse sentido, decidiu o STJ no Recurso Especial Nº 1.157.228 - RS (2009/0188460-8):

> A responsabilidade pelo produto ou serviço anunciado é daquele que confecciona ou presta, e não se estende à televisão, jornal ou rádio que o divulga. A participação do apresentador, ainda que este assegure a qualidade e a confiabilidade do que é objeto da propaganda, não o torna garantidor do cumprimento das obrigações pelo anunciante

Por outro lado, é possível argumentar que toda atividade profissional, inclusive a de celebridade, gera responsabilidade civil por eventuais danos causados a terceiros, sendo este obrigado a indenizar àqueles que sofrem lesões, pois é fundamental ressaltar que as celebridades recebem valores significativos para atuar

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

em comerciais e campanhas publicitárias *on-line*.

De acordo com Gallucci (2021), ao ser constatada a violação aos direitos básicos do consumidor, por meio de publicidade enganosa e abusiva, a legislação brasileira autoriza a aplicação de medidas sancionatórias. Embora a elaboração do CDC não tenha acompanhado integralmente o surgimento e a ascensão dos influenciadores digitais, é imprescindível atribuir a esses influenciadores a responsabilidade pela reparação dos danos causados aos consumidores em decorrência da indicação de produtos e serviços, na medida em que atuam como verdadeiros garantes da informação e influenciam diretamente o comportamento de consumo.

Apesar de importante atribuição do produto à imagem do influenciador, as parcerias possuem como destaque o conteúdo produzido, que deve transparecer credibilidade, a qual costuma ser alcançada por meio da concessão de certo grau de liberdade para que o influencer possa opinar acerca da marca com a qual está se vinculando naquele momento.

Para Alvarez e Capeto (2020), é neste momento, contudo, que o influenciador digital pode vir a ser responsabilizado por diversas práticas, desde a publicidade ilícita até a existência de vício ou defeito no produto ou no serviço indicado. Diante da crescente influência dos influenciadores digitais no mercado, torna-se imperativo estabelecer mecanismos regulatórios que delimitem suas ações. A confiança depositada nesses indivíduos confere-lhes um poder persuasivo considerável sobre o comportamento do consumidor, tal comportamento é prejudicial ao consumidor, violando os princípios da confiança e da boa-fé.

Com efeito, Guimarães (2001) entende que todas as diretrizes do Códigode Defesa do Consumidor devem ser aplicadas aos influenciadores digitais, já que estes participam da cadeia de consumo, respondendo, de forma objetiva, combase na teoria do risco, pelos riscos que produzirem, observando, ainda, que tal primado é contemplado no amplo espectro do princípio da ordem econômica listado pela Constituição Federal (artigos 1º, inciso IV, e 170).

Assim, sendo evidente a participação destes na cadeia de consumo, há discussão acerca do tipo de responsabilidade, no caso de acidente de consumo,e do

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

tipo de obrigação, no caso de vícios, que lhes é atribuída.

Pelo fato de ser o influenciador digital remunerado através da publicidade,deve responder de forma objetiva e solidária por eventuais danos aos consumidores, nos termos dos artigos 7º e 38 do Código de Defesa do Consumidor, bem como porque atribui a credibilidade ao produto ou ao serviço, o que costuma levar os seguidores a adquiri-los, devendo, assim, arcar com os riscos deste comportamento (Azevedo, Magalhães, 2021).

Ademais, de acordo com Wolkoff (2009), a teoria do risco é o embasamento jurídico que os juristas elaboraram, ao final do século XIX, para justificar a responsabilidade objetiva. O que é chamado de “risco” nesta acepção jurídica tem o significado de potencialidade de dano, perigo, previsibilidade de perda ou de responsabilidade pelo dano, ou seja, os eventos incertos e futuros inesperados, mas temidos, que possam trazer perdas ou danos.

Todo prejuízo é imputado e reparado por quem o causou, quando a atividade normalmente desenvolvida implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, independentemente de se cogitar a ideia de culpa.

Wolkoff (2009) ainda retrata que, dentro dessa teoria, diversas concepções de risco foram elaboradas para se enquadrarem às modalidades potenciais de danos, como a da modalidade de risco-proveito, que será a utilizada neste artigo, o qual se funda no princípio do *ubi emolumentum ibi onus* – do lucro nasce o encargo. Irá ser considerado como responsável aquele que tira vantagem econômica do fato. O proveito é avaliado pelo lucro ou vantagem econômica auferida pelos causadores do dano cabendo à vítima tal prova.

Para Guimarães (2001), inicialmente, argumenta-se que as celebridades não seriam diretamente responsáveis pela indenização por danos causados por publicidade ilícita, uma vez que não possuem vínculo direto com o produto divulgado. Não obstante, o autor defende a tese de que toda atividade profissional, especialmente aquela que gera lucro, implica em um risco e, consequentemente, na possibilidade de responsabilização civil, com base na teoria do risco-proveito.

Tartuce e Neves (2015) discorrem que a responsabilidade pelo ato do preposto é objetiva, dispensando a comprovação de culpa, especialmente no âmbito

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

consumerista. Embora defendam a extensão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao anunciante, à agência e ao veículo de publicidade, a fim de garantir a proteção integral do consumidor, explicam que o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça coaduna-se com essa linha de raciocínio.

Para o STJ, a divulgação de informações falsas ou enganosas em publicidade realizada por influenciadores digitais pode gerar a responsabilidade civil destes perante os consumidores, independentemente de terem conhecimento prévio da falsidade das informações.

Para Gasparatto, Freitas e Efing (2019), a natureza da responsabilidade civil dos influenciadores digitais, no âmbito do CDC, seria objetiva, decorrente do fato de que a celebridade, via de regra, não se enquadra no perfil de profissional liberal, uma vez que sua contratação não se fundamenta em suas qualidades técnicas ou intelectuais, mas sim em atributos externos como beleza, fama e prestígio nas redes sociais. Nessa mesma linha, eles entendem que se é imputável aos influenciadores digitais a responsabilidade pela reparação dos danos causados aos consumidores em razão da indicação de produtos e serviços, haja vista o significativo poder de influência que exercem sobre seus seguidores.

Analisando-se a questão do impacto da publicidade sobre os consumidores,por esse prisma, verifica-se que, quando a mensagem é apresentada por uma celebridade, a sua credibilidade agrega a ela poder persuasivo, de forma que, quando contém ilicitudes em seu conteúdo, a enganosidade ou a abusividade nela inseridas são potencializadas. Então, em razão do poder de influência exercido sobre os consumidores, esses indivíduos detêm responsabilidade civil quando indicam produtos e serviços na internet.

A confiabilidade que os influenciadores digitais desfrutam entre seus seguidores confere a suas indicações de produtos e serviços um poder persuasivo capaz de gerar a expectativa de que os bens e serviços indicados possuem as qualidades atribuídas. A frustração dessa expectativa, em razão da não correspondência entre as qualidades anunciadas e a realidade, configura violação aos princípios da boa-fé e da confiança, ensejando a responsabilidade do influenciador.

Tratando-se de profissão relativamente recente, que começou a ganhar

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

destaque ainda na última década, não se vislumbram muitas decisões da jurisprudência acerca do tema. No entanto, Rodas (2020) salientou um caso noticiado e divulgado pela mídia, em meados de 2020 (dois mil e vinte),que envolveu a *influencer* Virgínia Fonseca, do qual resultou decisão proferidapelo Juizado Especial Cível da Comarca de Barra Mansa, nos autos de nº 0019543-02.2019.8.19.0007 forma sucinta, Rodas (2020) relata que, no referido processo, a autora objetivava a condenação da influenciadora à restituição de valor de R$ 2.639,90 (dois mil seiscentos e trinta e nove reais e noventa centavos), diante da não entrega de um aparelho celular de modelo *Iphone 8 Plus* adquirido em determinado *site* eletrônico por ela divulgado.

Na sentença homologada pela juíza Lorena Paola Nunes Boccia, o magistrado entendeu que não existia relação de consumo entre a influenciadorae sua seguidora. No entanto, reconheceu a responsabilidade civil objetiva da influenciadora e condenou-lhe ao ressarcimento do prejuízo, com base no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. Consignou, no mais, que a influenciadora atua como uma espécie de intermediadora, já que, sem a divulgação promovida pelo seu perfil, jamais haveria a compra do produto (RODAS, 2020).

Ody e D'Aquino (2021) proferem que, para determinar a responsabilidade desses novos sujeitos, que não são profissionais liberais e geralmente se destacam por beleza ou fama, e não por qualidades intelectuaisou técnicas, é necessário avaliar se a atuação se insere em uma relação de consumo, o que poderia levar à responsabilização por culpa presumida, de forma solidária, como parte da cadeia de consumo. Ou então, alternativamente,considerar se a relação é paritária, o que exigiria a aplicação do artigo 186 c/c o artigo 927 do Código Civil, que exige a demonstração de culpa, ou até mesmo a aplicação parágrafo único do artigo 927 com o art. 183 do Código Civil, que estabelecem a responsabilidade objetiva nos casos em que a culpa é considerada irrelevante.

> Assim, o regime de responsabilidade aplicável a casos de danos causados pelos influenciadores não parece ser definido pela sua condição, dependendo, portanto, do conjunto fático subjacente ao fato danoso, que pode ou não envolver o fornecimento de produto ou serviço ao destinatário final. Nesse sentido, é fundamental considerar o conteúdo produzido pelo influenciador e a sua finalidade (Ody; D'aquino, 2021).

Entende-se então que, se o conteúdo produzido configurar a relação como de

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

consumo, aplicar-se-á o disposto no Código de Defesa do Consumidor (CDC). Porém, quando não configurada a relação de consumo, deve incidir a regra geral do Código Civil (artigo 186 ou 187 c/c 927, caput, CC), que requer a prova de culpa como elemento essencial para a configuração do ato ilícito e a consequente obrigação de indenizar.

Data vênia, a divulgação de produtos e serviços por influenciadores não faz com que eles assumam todo e qualquer risco inerente à venda e à entrega dos bens, mas apenas os riscos inerentes à exposição, porquanto esta é a atividade por eles desempenhadas enquanto novos publicitários.

Além disso, fundamentando-se no art. 934 do CC, o qual prevê que aquele que ressarcir o dano causado por outrem poderá reaver o que houverpagado daquele por quem pagou, ou seja, após a integral satisfação dos direitos do consumidor, assegura-se o direito de regresso contra o responsável pelo dano.

Não obstante, o artigo 12 do CDC, relata que todos respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores. Portanto, diante do exposto, não havendo negligência na prestação de informações essenciais de que tenha ciência o influenciador digital, o entendimento que deve preponderar é no sentido de não o responsabilizar, porquanto, nesta situação, ele somente estará atuando como imagem-propaganda de determinado produto ou serviço, não integrando a cadeia de consumo.

Com isso, terá legitimidade passiva para figurar em uma ação indenizatória apenas quem contratou o serviço deste profissional para haver seu produto divulgado, bem como os demais coobrigados da relação consumerista. Entendimento em sentido contrário conferiria insegurança jurídica e poderia desestimular o crescimento dessa profissão, em nítida desconformidade com os avanços tecnológicos e comerciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, o presente artigo científico objetivou analisar a responsabilidade dos influenciadores digitais para com os produtos e serviços que são por eles divulgados. Buscou-se, com isso, ajudar a estabelecer uma base teórica para preencher a falta de regulamentação que ainda existe sobre esse assunto, o qual

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

surgiu com os avanços tecnológicos.

Para tanto, primeiramente deixou transparecer quem são os influenciadores digitais, como surgiram e o preponderante papel dos influenciadores digitais na cadeia de consumo, sinalizando, dessa maneira, para a capacidade destes de influenciar no comportamento de seus seguidores, gerar opiniões e estimular a aquisição de bens e serviços.

Evidenciou-se que a figura desses novos profissionais em nada se equipara com as formas de propaganda convencionais. O elo criado entre o público e o influencer é perfilhado por uma confiança e uma credibilidade nunca antes experienciadas.

Como visto no decorrer deste trabalho, isso decorre por dois motivos. Em primeiro lugar, concluiu-se que as redes sociais trazem uma maior sensação de proximidade entre as partes, já que nela é possível a interação entre o influenciador e seguidor. Além disso, indicou-se que, à medida que o bem divulgado é inserido nas atividades cotidianas do profissional, opera-se uma espécie de fenômeno pelo qual, a nível do subconsciente, o produto ou serviçose destaca da aparência de publicidade e recebe um peso de essencialidade maior quando em comparação com aqueles divulgados em comerciais televisivos, jornais ou banners.

Por todos esses motivos, restou demonstrado que a atividade de marketing e de publicidade por eles desempenhada deve ter um tratamento especial e destacado, com vistas a proteger os consumidores em potencial.

Isto posto, contemplando-se todas as doutrinas pertinentes a respeito dotema, a conclusão a que se chegou foi pela possibilidade de enquadramento dos influenciadores digitais ao conceito de fornecedores por equiparação: quando não identificarem que se trata de publicidade, quando deixarem de prestar informações essenciais sobre o produto e/ou serviço, sobretudo no quetange aos seus riscos. Nessas situações, consignou-se que eles deverão responder objetiva e solidariamente pelos danos causados aos consumidores, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda, podem ser responsabilizados civilmente quando não configurar relação de consumo, porém nestes casos requer-se a prova de culpa como elemento

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

essencial para a configuração do ato ilícito e a consequente obrigaçãode indenizar (artigo 186 ou 187 c/c 927, caput, CC).

Por fim, para ilustrar tudo o que foi discutido, trazidos foram casos práticos de influenciadores relacionados ao tema, inclusive um caso em que houve processo judicial. Com isso, procurou-se resumir o melhor direito aplicável, buscando adaptar a nova profissão dos influenciadores digitais às normas e aos direitos dos consumidores, sempre com base na boa-fé e na ética. No entanto,é importante notar que esse assunto é muito complexo e está em constante mudança, o que exigirá estudos adicionais e esforços contínuos do legislativo.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Yasmim Pinheiro; CAPETO, Elson Araújo. **Responsabilidade Civil dos influenciadores digitais por vício e por fato no produto ou no serviço**.Momentum, Atibaia, v.1, n.18, p.1-19, 2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS AGÊNCIAS DE PROPAGANDA. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. São Paulo, 1980. Disponível em: http://www.conar.org.br/pdf/codigo-conar-2021_6pv.pdf. Acesso em: 28 out.2023.

AZEVEDO, Marina Barbosa. MAGALHÃES, Vanessa de Pádua Rios. A Responsabilidade Civil Dos Influenciadores Digitais Pelos Produtos e Serviços Divulgados Nas Redes Sociais. **Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado do Piauí**. Piauí 2021. Disponível em: https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2022/06/A-responsabilidade-civil-dos-influenciadores-digitais-pelos-produtos-e-servic%CC%A7os-divulgados-nas-redes-sociais.pdf. Acesso em: 29 out.2023.

BAGGS, Michael. **Fyre Festival:** o evento para milionários em ‘paraíso’ que virou inferno e inspirou documentário da Netflix. BBC NEWS BRASIL. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/geral-46916580. Acesso em 09 set 2024.

BARBOSA, Caio César do Nascimento; SILVA, Michael César; BRITO, Priscila Ladeira Alves de. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. **Revista IBERC,** v. 2, n. 2, p.01-21, maio/ago.2019.Disponível em: https://www.responsabilidadecivil.org/. Acesso em: 24 mar 2024.

BASTOS, Maria Augusta et al. **O impacto da utilização das redes sociaispelos digitais influencers como ferramenta de marketing das empresasvarejistas**. Ponta Grossa, 2017

BESSA, Leonardo Roscoe. Fornecedor equiparado. **Revista deDireito do Consumidor.** São Paulo, v. 16, n. 61, jan.-mar. 2007.

BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter José Faiad de. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 out. 2023.

BRASIL. **Estatuto Social do CONAR**. Disponível em: http://conar.org.br/pdf/estatutosocial-conar.pdf. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 28 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2022. **Institui o Código Civil**. DiárioOficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial Nº 1840239 - PR(2019/0288649-7). Ação indenizatória. Processo civil. Propaganda enganosa. Relação de consumo. Relator: Min. LUIS FELIPE SALOMÃO. 23 fev. 2021. Disponível em: https://arquivocidadao.stj.jus.br/index.php/julgado-3-aldir-passarinho-junior. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** REsp: 1157228 RS 2009/0188460-8, relator: ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, data de julgamento: 3/2/2011, T4 – 4ª TURMA, data de publicação: DJe 27/4/2011. Acesso em: 20 mar. 2024.

CAPEZ, Fernando. **Agentes publicitários e a responsabilidade de reparação dodano ao consumidor.** 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-mar-24/controversias-juridicasos-agentes-publicitarios-responsabilidade- reparacao-dano-consumidor. Acesso em: 27 abr. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE AUTOREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA - CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. 1978. SãoPaulo. Disponível em: www.conar.org.br. Acesso em 20 out. 2023.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Direitos do Consumidor**. 15. ed. São Paulo:Atlas,2018.

GALLUCCI, Bruno. A responsabilidade civil dos influencers digitais. **Revista Consultor Jurídico**, 23, setembro, 2021. Disponível em:https://www.conjur.com.br/2021-set-23/gallucci-responsabilidade-civil- influenciadores-digitais. Acesso em: 27 out. 2023.

GASPARATTO, Ana Paula Gilio; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; EFING, Antônio Carlos. Responsabilidade civil dos influenciadores digitais. **Revista Jurídica Cesumar** - Mestrado, v. 19, n. 1, p.65-87, 9 abr. 2019. Centro Universitário de Mariná.Disponível em: http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2019v19nlp65-87. Acesso em: 28 out. 2023.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam.** São Paulo: Ed. RT, 2001. p.174 e 196.

ODY, Lisiane Feiten Wingert; D' AQUINO, Lúcia Souza. **A responsabilidade dos influencers:** uma análise a partir do Fyre Festival, a maior festa que jamais aconteceu.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

Civilistica.com, Rio de Janeiro, a. 10, n. 3, p. 01-18, 2021.Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/700/569. Acesso em: 05 set. 2024.

PORTAL CONSULTOR JURÍDICO (CONJUR). **Processo nº 0019543-02.2019.8.19.0007 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: https://www.conjur.com. br/dl/influenciadora-digital- respondegolpe.pdf. Acesso em 05 set. 2024.

RODAS, Sérgio. **Influenciadora digital responde por golpe dado por lojaque indicou.**Consultor Jurídico.2020.Disponível em:https://www.conjur.com.br/2020-ago-21/influenciadora-digital-responde-golpe-loja-indicou/#:~:text=Virg%C3%ADnia%20anunciou%2C%20em%20suas%20redes,aplicado%20em%20todo%20o%20pa%C3%ADs. Acesso em: 04 set. 2024.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. MIRANDA, Thainá Bezerra. **Nem tudo quereluz é ouro:** a Responsabilidade civil dos influenciadores digitais.Migalhas. 2022. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/367690/nem-tudo-que-reluz-e-ouro- responsabilidade-civil-dos-influenciadores. Acesso em: 05 set. 2024.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor.** 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro:Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

VALLE, Alberto. **O que são influenciadores digitais**. Academia domarketing. Rio de Janeiro, 4 jul de 2017. Disponível em: <https://www.academiadomarketing.com.br/o-que-sao- influenciadoresdigitais/>. Acesso em: 20 de out. de 2023.

WEIMANN, Gabriel. **The influentials:** people who influence people. Albany:StateUniversity of New York Press, 1994.

WOLKOFF, Alexandre Porto Marinho.**A Teoria do Risco e a Responsabilidade Civil Objetiva do Empreendedor**.2009.Artigo(Graduando em Letras) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio deJaneiro, 2009. Disponível em: https://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ae2e5cc8-fa16- 4af2-a11f-c79a97cc881d//. Acesso em: 20 de out. 2023.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

DIREITO À EDUCAÇÃO ESCOLAR INDÍGENA: DESAFIOS PARA DECOLONIZAR A EDUCAÇÃO

RIGHT TO INDIGENOUS SCHOOL EDUCATION: CHALLENGES TO DECOLONIZE EDUCATION

Edemir Braga Dias[42]

RESUMO: a educação é um direito de todos. Sem distinção, todos os indivíduos merecem ter acesso à educação de qualidade. Contudo, diante dos séculos de exploração, subalternização e invisibilidade, foi negado aos povos indígenas esse direito tão elementar. Assim, por meio de um estudo bibliográfico e hipotético-dedutivo surge a presente reflexão lastreado na inquietação acerca da educação escolar indígena no Brasil e seus pressupostos para promover a decolonização da educação diferenciada destinada aos povos indígenas. Conclui-se que a educação, na forma como está pensada na sociedade envolvente, não contempla os aspectos peculiares de cada povo indígena, tornando-se um grande desafio para todos. Infere-se que os povos indígenas devem ter garantido o direito à educação de qualidade, para isso, é preciso ser pensada com respeito a cultura de cada povo, ser intercultural e valorizar visões diferentes.

PALAVRAS-CHAVE: educação escolar indígena; educação diferenciada; colonialidade; interculturalidade;

ABSTRACT: Education is a right for all. Without distinction, all individuals deserve to have access to quality education. However, in the face of centuries of exploitation, subordination and invisibility, indigenous peoples have been denied this basic right. Thus, through a bibliographic and hypothetical-deductive study, this reflection arises based on the concern about indigenous school education in Brazil and its assumptions to promote the decolonization of differentiated education aimed at indigenous peoples. It is concluded that education, as it is conceived in the surrounding society, does not consider the peculiar aspects of each indigenous people, becoming a great challenge for everyone. It is inferred that indigenous peoples must be guaranteed the right to quality education, for this to happen, it is necessary to be thought of with respect for the culture of each people, be intercultural and value different visions.

KEYWORDS: indigenous school education; differentiated education; coloniality; interculturality.

[42] Doutorando em Direito URI/Santo Ângelo. Professor. ededias@ymail.com.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

1 INTRODUÇÃO

Na atualidade brasileira um dos direitos que importam estudar é o direito à educação, especialmente o direito à educação escolar indígena. Para compreender como ela está organizada e quais seus pressupostos e desafios é necessário voltar os olhos para a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei 9.394 de 1996 e a Convenção 169 da OIT de 1989, pontos de partida para discutir o direito à educação diferenciada a ser efetivado, bem como outros documentos que preconizam e fazem acreditar na importância da educação para todos.

A educação é um direito de todos. Essa premissa básica é orientadora da legislação brasileira e é caracterizada pela amplitude que representa. O vocábulo todos, traz em si uma imensa responsabilidade para o Estado e para a sociedade. Sem dúvida, a Carta Magna brasileira consagrou esse direito colocando-o como um direito fundamental e afirmou ser dever do Estado e da família garantir a sua efetivação.

Nesse contexto, o maior desafio encontra-se em pensar a efetivação desse direito em uma sociedade multicultural em que as diferenças, historicamente, foram marginalizadas promovendo a exclusão nos espaços educacionais ou a promoção de uma educação repleta de colonialidade. Cabe destacar que a educação escolar de qualidade sempre foi destinada a grupos específicos da sociedade em detrimento daqueles invisibilizados nesse processo, tal como os povos indígenas. Pensar a educação moldada para os povos indígenas, atendendo seus interesses e garantindo seus direitos é tornar possível a valorização das diversas culturas existentes na atualidade.

Para contribuir com a discussão e refletir acerca deste tema tão relevante, essa pesquisa bibliográfica busca identificar a presença do direito á educação escolar indígena na legislação brasileira, para entender como está organizada e quais os seus pressupostos básicos enquanto educação diferenciada. Da mesma forma, pretende expor as possibilidades da educação escolar indígena para o combate ao pensamento colonial presente na sociedade brasileira.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

2 A EDUCAÇÃO ESCOLAR INDÍGENA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A educação é um direito de todos. Mais que uma simples afirmação corrente é preciso torná-la uma prática constante. No que se refere aos povos indígenas o direito à educação se reveste de características próprias que a torna particularmente especial, já que está destinada a povos com culturas diferentes que anseiam por mudanças e lutam por dias melhores.

Na Constituição de 1988 a educação é um direito social, preconizando no art. 205 que, “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” (Brasil, 1988). Sendo um direito de todos, é lícito que os povos indígenas busquem concretizar o direito à educação. Na Constituição de 1988, os indígenas “[...] são tratados como cidadãos com direito a ter direito e têm respeitadas as suas diferenças.” (Nascimento, 2021, p. 39).

Muitos estudiosos sobre o tema colocam a Constituição de 1988 como divisor de águas no que tange a Educação escolar indígena. Pode se afirmar que há um salto significativo no projeto educacional indígena na década de 1990, resultado do embasamento oportunizado pela Carta Constitucional que fortaleceu os movimentos que já lutavam por uma educação para os povos indígenas. Certo que a presença desse direito na CF de 1988 é resultado das lutas travadas em períodos anteriores, desde a década de 70 vem se obtendo avanços legislativos. Uma conquista histórica intentada por vários agentes, indígenas e não indígenas, que visualizavam novos horizontes para a educação.

Assim como em outras áreas, historicamente a legislação brasileira não se preocupou, efetivamente, com a educação para os povos indígenas. O que se percebe ao longo da história é a presença de uma legislação escassa e, ao mesmo tempo, baseada, fortemente, em ideais integracionistas. Essas nuances só ganharam novos contornos, a partir de 1988 (Souza Filho, 2012), mas ainda existem resquícios de colonialidade.

No que se refere à educação indígena, a Constituição de 1988 define, no art. 210, que no ensino fundamental será assegurada às comunidades indígenas a

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem (Brasil, 1988), o que também está presente na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), com a garantia do uso da língua materna também no ensino médio. Entende-se que a Constituição garante a igualdade da mesma forma que garante a diferença, o que permite pensar a educação específica, diferenciada, bilíngue e intercultural para os povos indígenas. A LDB esclarece que se trata de uma educação construída dialogicamente e que fortalece as identidades étnicas.

> Art. 78. O Sistema de Ensino da União, com a colaboração das agências federais de fomento à cultura e de assistência aos índios, desenvolverá programas integrados de ensino e pesquisa, para oferta de educação escolar bilíngue e intercultural aos povos indígenas, com os seguintes objetivos:
> I - proporcionar aos índios, suas comunidades e povos, a recuperação de suas memórias históricas; a reafirmação de suas identidades étnicas; a valorização de suas línguas e ciências;
> II - garantir aos índios, suas comunidades e povos, o acesso às informações, conhecimentos técnicos e científicos da sociedade nacional e demais sociedades indígenas e não-índias. (BRASIL, 1996).

Nesse mesmo sentido, o artigo subsequente da LDB, representa o desejo de empreender na educação intercultural com o fortalecimento das línguas indígenas, para que a educação escolar indígena seja comunitária, diferenciada e bilíngue por meio da proposta do uso de materiais didáticos específicos e diferenciados, investimento em formação para educadores, política de acesso e permanência no ensino superior e a garantia da participação da comunidade:

> Art. 79. A União apoiará técnica e financeiramente os sistemas de ensino no provimento da educação intercultural às comunidades indígenas, desenvolvendo programas integrados de ensino e pesquisa.
> § 1º Os programas serão planejados com audiência das comunidades indígenas.
> § 2º Os programas a que se refere este artigo, incluídos nos Planos Nacionais de Educação, terão os seguintes objetivos:
> I - fortalecer as práticas sócio-culturais e a língua materna de cada comunidade indígena;
> II - manter programas de formação de pessoal especializado, destinado à educação escolar nas comunidades indígenas;
> III - desenvolver currículos e programas específicos, neles incluindo os conteúdos culturais correspondentes às respectivas comunidades;
> IV – elaborar e publicar sistematicamente material didático específico e diferenciado.
> § 3º No que se refere à educação superior, sem prejuízo de outras ações, o atendimento aos povos indígenas efetivar-se-á, nas universidades públicas e privadas, mediante a oferta de ensino e de assistência estudantil, assim como

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

> de estímulo à pesquisa e desenvolvimento de programas especiais. (BRASIL, 1996).

A LDB é marcada pela defesa da educação intercultural enquanto necessidade dos povos indígenas para fortalecer suas identidades e superar décadas de educação baseada no paradigma assimilacionista. Nesse mesmo tom cabe citar a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais que em seus artigos 26 e 27 se refere a educação escolar indígena, dando ênfase à participação da comunidade, sendo que a educação e outros programas destinados a eles “[...] deverão abranger a sua história, seus conhecimentos e técnicas, seus sistemas de valores e todas suas demais aspirações sociais, econômicas e culturais.” (Brasil, 2019).

Nesse mesmo passo é possível citar a Resolução nº 5 de 2012 do Conselho Nacional de Educação que define Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Escolar Indígena na Educação Básica, reafirmando o compromisso com a educação diferenciada ao tratar dos princípios no art. 3º apresenta como sendo objetivos da educação escolar indígena:

> Art. 3º Constituem objetivos da Educação Escolar Indígena proporcionar aos indígenas, suas comunidades e povos:
> I - a recuperação de suas memórias históricas; a reafirmação de suas identidades étnicas; a valorização de suas línguas e ciências;
> II - o acesso às informações, conhecimentos técnicos, científicos e culturais da sociedade nacional e demais sociedades indígenas e não-indígenas.
> Parágrafo único A Educação Escolar Indígena deve se constituir num espaço de construção de relações interétnicas orientadas para a manutenção da pluralidade cultural, pelo reconhecimento de diferentes concepções pedagógicas e pela afirmação dos povos indígenas como sujeitos de direitos (Brasil, 2012).

Observa-se que a Resolução é um documento que estabelece caminhos para que a educação escolar indígena atinja os objetivos propostos, levando em consideração todas a legislação existente acerca da educação indígena, tal como a Constituição Federal de 1988, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 5.051/2004, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas de 2007, a LDB de 1996, entre outros documentos que andam no mesmo sentido.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

Apesar da legislação assegurar o direito a educação diferenciada, o maior problema está na busca pela efetivação desse direito, no construir a educação escolar indígena de uma maneira considerada mais correta, que atenda aos anseios dos povos indígenas. Educação de qualidade para ter acesso ao conhecimento, mas sem abrir mão das suas especificidades culturais e seus traços distintivos enquanto sociedade resistente, que promove a educação de seus pares desde a mais tenra idade através da educação indígena que se diferencia da educação escolar indígena, conforme Gersem José dos Santos Luciano:

> Educação se define como o conjunto dos processos envolvidos na socialização dos indivíduos, correspondendo, portanto, a uma parte constitutiva de qualquer sistema cultural de um povo, englobando mecanismos que visam à sua reprodução, perpetuação e/ou mudança. Ao articular instituições, valores e práticas, em integração dinâmica com outros sistemas sociais, como a economia, a política, a religião, a moral, os sistemas educacionais têm como referência básica os projetos sociais (idéias, valores, sentimentos, hábitos etc.) que lhes cabem realizar em espaços e tempos sociais específicos. Assim, a educação indígena refere-se aos processos próprios de transmissão e produção dos conhecimentos dos povos indígenas, enquanto a educação escolar indígena diz respeito aos processos de transmissão e produção dos conhecimentos não-indígenas e indígenas por meio da escola, que é uma instituição própria dos povos colonizadores. A educação escolar indígena refere-se à escola apropriada pelos povos indígenas para reforçar seus projetos socioculturais e abrir caminhos para o acesso a outros conhecimentos universais, necessários e desejáveis, a fim de contribuírem com a capacidade de responder às novas demandas geradas a partir do contato com a sociedade global (Luciano, 2006, p. 129).

Ao pensar a educação escolar indígena percebe-se uma profunda desigualdade entre concepções de educação, visto que de um lado a educação indígena e de outro a educação escolar indígena, cada uma com suas nuances diferenciadas. Como mencionado por Luciano, os indígenas tem direito ao acesso à educação escolar, mas uma educação que não destrua as suas culturas (Luciano, 2006, p. 129). Colabora com esse pensar a reflexão de Paulo Freire na qual ele revela que, os povos indígenas “[...] tem o direito de dar saltos, mas o que não é possível é violentá-los nesses saltos, e invadi-los [...]” (Freire, 1983). Neste sentido, é fundamental poder ouvir o que os povos indígenas pensam sobre a educação, de acordo com o CIMI “[...] os povos indígenas assumem a escola como uma instituição importante e necessária, mas justificam a sua existência no anseio de que ela possa contribuir com suas lutas mais amplas.” (2012, p. 16).

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

As lutas relacionadas a garantia de direitos, de conquista de espaços e visibilização, pois a escola representa o espaço de encontro, de fronteiras entre culturas. Politicamente, ela é atravessada por concepções educacionais que tendem à aculturação, integracionismo e de assimilação promovidas pelo Estado ao mesmo tempo que é extremamente revolucionária e usada para garantir espaços sociais para a "construção de autonomia e emancipação, garantindo o fortalecimento de suas identidades, a partir da história de contato, da articulação e troca de conhecimentos com os quais estão envolvidas as diversas realidades indígenas." (Nascimento, 2011, p. 2), reafirmando que a escola é palco de lutas e presença de diversas culturas e interesses.

3 (DE)COLONIALIDADE A PARTIR DA EDUCAÇÃO ESCOLAR

Portanto, não é possível haver uma educação que desconsidere as diferenças existentes entre os povos e as culturas indígenas e não indígenas. Assim o Estado, através da escola, não deve fazer uso de um modelo assimilacionista, que produz, nas palavras de Freire (2005), a educação bancária[43], na qual se dá um simples repasse de conhecimentos tidos como prontos e acabados para o/a educando/a, considerando-o como um mero receptor passivo.

Nas escolas indígenas, essa condição leva a desconsiderar os conhecimentos produzidos pela cultura e, ao se fazer isso, leva-se a acreditar que há incapacidade de produção de conhecimentos pelos povos indígenas. Entretanto, a ação educativa deve valorizar os conhecimentos indígenas, principalmente, valorizando a língua originária dos povos indígenas, desenvolvendo na escola, no mínimo, o uso bilíngue:

> Em vez de Educação Escolar Indígena, por que não pensamos Educação Indígena na Escola? Há duas maneiras de se pensar a escola: levar a escola à área indígena e, eventualmente, "adaptá-la". A escola entra na comunidade indígena. A outra maneira traz uma proposta radicalmente diferente: é pensar

[43] "A narração, de que o educador é o sujeito, conduz os educandos à memorização mecânica do conteúdo narrado. Mais ainda, a narração os transforma em "vasilhas", em recipientes a serem "enchidos" pelo educador. Quanto mais vá "enchendo" os recipientes com seus "depósitos", tanto melhor educador será. Quanto mais se deixem docilmente "encher", tanto melhores educandos serão. Desta maneira, a educação se torna um ato de depositar, em que os educandos são os depositários e o educador o depositante. [...]. Na visão "bancária" da educação, o "saber" é uma doação dos que se julgam sábios aos que julgam nada saber" (Freire, 2005, p. 33).

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

> como a educação indígena entra na escola! Só aí vamos ter educação bilíngüe de fato. Fazer isso não é enfraquecer a escola, é o contrário. É o único jeito de a escola ser indígena (Melià, 1997, s/p).

A partir do pensamento colonialista a educação escolar foi colocada como um dos principais instrumentos de integração monocultural, hegemônica e, por isso, integracionista com objetivos civilizatórios, "[...] elemento relevante para a construção e a manutenção do sistema colonial e colonialista. Desse modo, entendemos que sempre se tomou a educação escolar como ferramenta para alinhar os indígenas aos projetos de subalternização." (Knapp; Martins, 2017, p. 85). Tal premissa é verdadeira mesmo que em tempos de educação escolar indígena, ou seja, atualmente.

A colonialidade continua presente, alicerçada em uma escola que funciona como um aparelho do Estado e reflexo da sociedade envolvente, mesmo que a educação culturalmente diferenciada esteja posta como um direito. Wilmar D'Angelis (2008) afirma que a escola não consegue não ser um aparelho do Estado. Nesse mesmo sentido, em Cartas à Guiné Bissau, Paulo Freire destaca a importância do uso da língua materna na alfabetização como pressuposto de libertação:

> Na verdade, o processo de libertação de um povo não se dá, em termos profundos e autênticos, se esse povo não reconquista a sua palavra, o direito de dizê-la, de "pronunciar" e de "nomear" o mundo.
> Dizer a palavra enquanto ter voz na transformação e recriação de sua sociedade: dizer a palavra enquanto libertar consigo sua língua da supremacia da língua dominante do colonizador.
> A imposição da língua do colonizador ao colonizado é uma condição fundamental para a dominação colonial, que se estende na dominação não colonial. Não é por acaso que os colonizadores falam de sua língua como língua e da língua dos colonizados como dialeto; da superioridade e riqueza da primeira a que contrapõem a "pobreza" e a "inferioridade" da segunda (Freire, 1978, p. 135).

Por outro lado, deve-se atentar para a dificuldade da implementação de uma educação escolar indígena, promovida ou orientada por não-indígenas, isso porque sempre a prática é precedida por um modo de pensar, de ver o mundo que, por vezes, é muito diferente da percepção de outras culturas.

A partir do pensamento colonialista, a educação escolar foi colocada como um dos principais instrumentos de integração monocultural, hegemônica e, por isso, integracionista com objetivos civilizatórios, "[...] elemento relevante para a construção e a manutenção do sistema colonial e colonialista. Desse modo, entendemos que

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

sempre se tomou a educação escolar como ferramenta para alinhar os indígenas aos projetos de subalternização.” (Knapp; Martins, 2017, p. 85). Tal premissa é verdadeira mesmo que em tempos de educação escolar indígena, ou seja, atualmente. A colonialidade continua presente, alicerçada em uma escola que funciona como um aparelho do Estado e reflexo da sociedade envolvente, mesmo que a educação culturalmente diferenciada esteja posta como um direito. Wilmar D’Angelis (2008) afirma que a escola não consegue não ser um aparelho do Estado.

Kahn chama a atenção para o fato de que em muitos casos, o que está se fazendo não é uma educação indígena, mas sim uma educação para os povos indígenas, caindo-se novamente no processo integracionista, em que a participação indígena é mínima ou inexistente, apenas como imposição, “atreladas ao modelo escolar formal, ocidental, hierarquizado e individualista” (Meliá, 1994, p. 137), que fundo é catequizador e colonial. Essas inquietações devem servir para provocar as reflexões sobre a educação dos indígenas como sujeitos e atores do processo educativo escolar para libertação e fortalecimento da resistência frente a sociedade envolvente, com forte protagonismo indígena (Luciano, 2019).

Ao discorrer sobre a educação escolar, Bartolomeu Meliá adverte que algumas conquistas tais como: “[...] livros e cartilhas em língua indígena, prévia conquista da escrita de cada uma dessas línguas, currículo adaptado à realidade indígena, principalmente no que tange aos saberes tradicionais, preparação, incorporação e contratação de professores indígenas por parte do Estado e das instituições” (Meliá, 1999, p. 14). Porém, isso não é suficiente para uma ação pedagógica para a alteridade.

Cabe ressaltar, ainda, baseando-se nos ensinamentos de Paulo Freire, que a educação escolar traz o risco da invasão cultural promovida a partir de uma perspectiva colonizante, que tem como condão a alienação dos invadidos, onde falta um clima de criatividade e de investigação.

> Este clima inexiste na invasão cultural que, alienante, amortece o ânimo criador dos invadidos e os deixa, enquanto não lutam contra ela, desesperançados e temerosos de correr o risco de aventurar- se, sem o que não há, criatividade autêntica.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

> Por isto é que os invadidos, qualquer que seja o seu nível, dificilmente ultrapassam os modelos que lhes prescrevem os invasores (Freire, 2005, p. 105).

A educação escolar indígena não pode ser pautada na invasão, na negação, mas é preciso estar ao lado dos povos indígenas, ouvindo-os e buscando no diálogo novas propostas que atendam os anseios dos diferentes grupos. A educação pode ser invasão cultural, com a sobreposição de pensamentos que são considerados valiosos pela cultura pretensamente dominante e descaracterização da cultura invadida, como um método necessário para alcançar seu intento, como afirma Freire: “Daí ser necessário ao invasor descaracterizar a cultura invadida, romper seu perfil, enchê-la inclusive de subprodutos da cultura invasora” (Freire, 2013, p. 32). O alerta está no fato de que, nos mais diferentes contextos, a educação pode se transformar em um meio de dominação.

> A educação escolar é um dos suportes da colonialidade do poder principalmente porque opera de maneira estratégica através da dominação epistêmica. A imposição do conhecimento ocidental como o único e válido e a negação e destruição dos saberes dos povos originários se constituiu em um dos mais poderosos mecanismos de dominação (Bonin, 2012, p. 18).

Por isso, é fundamental pensar uma educação para os povos indígenas arraigada de pressupostos decoloniais e vinculada a pressupostos emancipatórios, que sirvam como base para a formação de indivíduos capazes de lutar por seus direitos e exigir a efetivação frente ao Estado e colocar-se como esteio de resistência, dialogando com as diversas situações que são apresentadas na sociedade e na escola.

É possível considerar que a escola é um espaço de vivências atravessado pela cultura. E para que a educação escolar indígena alcance seus objetivos precisa ser específica, intercultural, diferenciada e bilingue. Sem esses pressupostos não pode ser considerada educação escolar indígena. Essas características agem em complementariedade e inter-relacionamento para constituir a educação almejada por muitos povos indígenas, para que escape de aspectos coloniais presentes na sociedade brasileira.

Considera-se que a especificidade da educação escolar indígena está relacionada ao fato de ter como mote a valorização da cultura e identidade dos povos

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

indígenas encaminhando-se para o exercício da cidadania. Na prática é o que distingue a escola indígena da escola não indígena. Gersem Baniwa (2023) afirma que a escola deve ser por indígenas e para indígenas, com participação efetiva da comunidade.

Diferenciada por respeitar as diferenças, o diálogo entre saberes e ter como base a contraposição à paradigmas educacionais em que a educação formal sempre com ideais impositivos, sem observar as distintas realidades dos grupos étnicos, através da educação para os indígenas, sem assumir o compromisso com os povos indígenas promovendo a ruptura com as suas culturas (Nascimento, 2006). Nesse sentido Paulo Freire (2004) assevera que se a educação não respeita o diferente e não se comunica com o outro, não pode ser considerada educação, mas sim invasão e violência cultural.

A educação é intercultural quando privilegia a transformação do modelo tradicional de escola/educação. “É importante entendermos que a instituição escolar e a ideia de educação intercultural são invenções do colonizador” (Luciano, 2023, p. 08). Essa invenção tornou-se a instituição mais eficaz de colonialidade. Para superar essa condição nefasta, a interculturalidade deve fazer parte do seu cotidiano, proporcionando diálogos, empoderamento dos sujeitos, capacidade articulação, refletindo sobre formas de resistência.

A escola indígena deve ser palco de resistência, de autonomia, fazer e ser indígena, “[...] se não forem cursos de resistência e de autoria indígena, não fazem sentido de existir. Se assim não forem, bastaria aos indígenas adequarem-se às possibilidades existentes de cursos e escolas para os brancos” (Ramos, 2023, p. 41). Resistir ao que não faz bem e colocar-se como protagonista em forma de superação à subserviência aniquiladora que aparece em muitos projetos educacionais. Ramos ainda assevera que a educação deve ser permeada de resistências, quais sejam: física, étnico-cultural, epistemológica, sociológica, utópica, de classe, política e linguística. Candau, afirma que a perspectiva intercultural defendida por ele tem por objetivo

> [...] promover uma educação para o reconhecimento do “outro”, para o diálogo entre os diferentes grupos sociais e culturais. Uma educação para a negociação cultural, que enfrenta os conflitos provocados pela assimetria de

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

> poder entre os diferentes grupos socioculturais nas nossas sociedades e é capaz de favorecer a construção de um projeto comum, pelo qual as diferenças sejam dialeticamente integradas. A perspectiva intercultural está orientada à construção de uma sociedade democrática, plural, humana, que articule políticas de igualdade com políticas de identidade (Candau, 2008, p. 28).

Ser minimamente bilíngue, quiçá multilíngue, é essencial para a valorização da língua de cada grupo étnico. A língua representa a riqueza cultural de muitos povos, sendo mais de 250 línguas indígenas faladas no Brasil, um importante traço identificatório. Ressalta-se que as tradições, crenças, elementos de religiosidade e culturais são transmitidos na língua materna, e essas transmissões são predominantemente orais. Ser alfabetizado em sua língua materna ou ter garantido o uso dessa língua durante o percurso de estudos é um direito básico. Até mesmo servindo para a revitalização de línguas perdidas e incentivo a sua utilização (Ramos, 2023). Em que pese seja reconhecida a importância da língua escrita e falada Bartolomeu Meliá (1997) advertiu sobre o significado da língua falada em face a língua escrita, ressaltando as limitações dessa e as possibilidades daquela, inferindo que o falar dá vida, dá sentido à tradição. D'Angelis leciona que no passado a ideia de uma educação bilíngue se atrelava ao viés integracionista, como um *mal necessário,* não objetivava o fortalecimento e valorização da língua materna, mas "Trata-se de usar a língua indígena apenas como passagem, ponte ou escada para se chegar, o quanto antes, ao emprego exclusivo da língua majoritária" (D'angelis, 2012, p. 33).

Educação escolar indígena para a decolonização, se faz com participação efetiva dos sujeitos interessados e com amplo apoio do poder público para que deixe ser apenas letra de lei e possa ser evidenciada no cotidiano da sociedade brasileira, sendo específica, intercultural, diferenciada e bilingue.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entende-se que a educação escolar indígena, deve colocar a cultura como elemento de ensino e dinamizar processos de ensino e aprendizagem, reconhecendo a importância da escola enquanto instituição que transforma e promove mudanças com a participação comunitária. Trata-se de uma comunidade educativa, ou seja, que todas as pessoas são responsáveis pela educação e a escola não é o único lugar de

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

saber, mas está em constante ligação com as tradições, os costumes e o cotidiano da comunidade. Assim sendo, a escola, local de acesso ao conhecimento acumulado pela humanidade, quando se refere à educação escolar indígena necessita da participação direta e incondicional das comunidades, para promover a autonomia dos povos indígenas na organização do currículo escolar, a educação de contribuir para a sobrevivência física e cultural, que vise fortalecer e jamais perder a identidade indígena.

A legislação brasileira torna obrigatória a educação e prevê a educação intercultural para os povos indígenas, com o reconhecimento do direito de viver conforme as suas culturas de acordo com a Constituição de 1988, a LDB, a Convenção 169 da OIT, e outros documento norteadores da educação indígena. Para isso a educação escolar indígena precisa ser específica, intercultural, diferenciada e bilingue, superando a colonialidade presente na educação brasileira.

Da mesma maneira, cabe considerar a educação deve estar a serviço da libertação, da promoção da dignidade, do reconhecimento e valorização identitária. Sem exaltar a diversidade e permitir que diferentes saberes se encontrem na escola, a educação pode ser considerada como instrumento da perpetuação do pensamento colonial e nunca uma forma de emancipação e de luta dos povos indígenas.

Observe-se que direito à educação é um direito de todos. Essa premissa básica deve ser observada com a ressalva de que os indivíduos são permeados por diferenças. Diferenças que constituem os indivíduos e a sociedade. A educação, na forma como está pensada na sociedade envolvente, não contempla os aspectos peculiares da educação escolar indígena, tornando-se um grande desafio para todos. Infere-se que os povos indígenas devem ter garantido o direito humano à educação de qualidade, para isso, é preciso ser pensada com respeito a cultura de cada povo: é ser intercultural e valorizar visões diferentes.

REFERÊNCIAS

BONIN, Iara Tatiana. Educação Escolar Indígena. CIMI. **Encarte Pedagógico VI.** Disponível em: https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2020/01/Porantim377_Ago_Encarte-2015.pdf. Acesso em: 12 mar. 2025.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Palácio do Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 fev. 2023.

BRASIL. **Referencial Curricular Nacional para as Escolas Indígenas**. Ministério da Educação e do Desporto – Secretaria de Educação Fundamental. Brasília: MEC, 1998.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 12 jan. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 15 abr. 2025.

BRASIL. **Resolução nº 5 de 2012 do Conselho Nacional de Educação**: define Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Escolar Indígena na Educação Básica. Disponível em: http://www.abmes.org.br/public/legislacoes/detalhe/1270/resolucao-cne-ceb-n-5. Acesso em: 20 mar. 2025.

CANDAU, Vera Maria. Direitos humanos, educação e interculturalidade: as tensões entre igualdade e diferença. **Revista Brasileira de Educação** v. 13 n. 37 jan./abr. 2008. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rbedu/a/5szsvwMvGSVPkGnWc67BjtC/?format=pdf. Acesso em: 20 mar. 2025.

D'ANGELIS, Wilmar da Rocha. Educação escolar indígena? A gente precisa ver. **Cienc. Cult**. vol.60 no.4 São Paulo Oct. 2008. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252008000400013. Acesso em: 10 jan. 2025.

D'ANGELIS, Wilmar da Rocha. **Aprisionando sonhos: a educação escolar indígena no Brasil**. Campinas: Curt Nimuendajú, 2012.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 49. Reimpressão. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

FREIRE, Paulo. **Extensão ou comunicação**? Tradução Rosiska Darcy de Oliveira. 1. ed. - Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Esperança**: Um reencontro com a Pedagogia do Oprimido – Notas: Ana Maria Araújo Freire. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

KAHN, Marina. “Educação indígena” versus educação para índios: sim, a discussão deve continuar...In: **Em Aberto**, Brasília, ano 14, n.63, jul./set. 1994.

KNAPP, Cássio; MARTINS, Andérbio Márcio Silva. Alguns apontamentos para a efetivação de uma educação escolar indígena específica e diferenciada: identificando os desafios e

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

construindo possibilidades In. **Educação indígena e interculturalidade: um debate epistemológico e político**/ Mariano Báez Landa; Alexandre Ferraz Herbeta (Org.). – bilíngue – Goiânia: Editora da Imprensa Universitária, 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/37545687/EDUCA%C3%87%C3%83O_IND%C3%8DGENA_E_INTERCULTURALIDADE. Acesso em: 20 abr. 2025.

LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro**: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. MEC/LACED/Museu Nacional, 2006.

LUCIANO, Gersem dos Santos. Educação e povos indígenas no limiar do século XXI: debates e práticas interculturais **Revista Antropologia & Sociedade.** v. 1 n. 1 (2023). Disponível em: https://periodicos.ufpe.br/revistas/index.php/antropologiaesociedade/article/view/257830. Acesso em: 10 mar. 2025.

LUCIANO, Gersem dos Santos. **Educação escolar indígena no século XXI**: encantos e desencantos. 1. ed. Rio de Janeiro: Mórula, Laced, 2019

MELIÁ, Bartomeu. El 'modo de ser' guaraní em la primera documentación jesuítica. **Revista de Antropologia**. São Paulo: Revista de Antropologia, 1981.

MELIÁ, Batolomeu. Bilingüismo e escrita. **Leitura e Escrita em Escolas Indígenas** (org., c/ Juracilda Veiga). Campinas: ALB / Mercado de Letras. (223 p.). ISBN: 85 85725-27-3. Disponível em: http://www.etnolinguistica.org/biblio:dangelis-1997-leitura. Acesso em 10 jan. 2025.

MIGNOLO, Walter. Desafios decoloniais hoje. *In* **Epistemologias do Sul:** Pensamento Social e Político em/desde/para América Latina, Caribe, África e Ásia.Volume 1, número 1, 2017. Disponível em: https://revistas.unila.edu.br/epistemologiasdosul/article/view/790/2880. Acesso em: 10 jan. 2025.

MIGNOLO, Walter. Colonialidade: o lado mais escuro da modernidade *in* **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Vol. 32 n° 94 junho/2017. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/nKwQNPrx5Zr3yrMjh7tCZVk/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 10 jan. 2025.

MIGNOLO, Walter. **A colonialidade está longe de ter sido superada, logo, a decolonialidade deve prosseguir**. 2019. Disponível em: https://assets.masp.org.br/uploads/temp/temp-YC7DF1wWu9O9TNKezCD2.pdf. Acesso em: 12 jan. 2025.

NASCIMENTO, Adir Casaro. Educação Escolar Indígena: Entre os Limites e os Limiares da Inclusão/Exclusão. **Quaestio – Revista de Estudos em Educação**, Sorocaba, SP, v. 9, n. 1, 2010. Disponível em: https://periodicos.uniso.br/quaestio/article/view/167. Acesso em: 10 mar. 2025.

NASCIMENTO, A. C.; VIEIRA, C. M. A escola indígena guarani e kaiowá em Mato Grosso do Sul: experiência emancipatória de educação indígena. *In:* **Anais do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH** (p. 1-11). São Paulo, SP, Brasil. Disponível em: http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300889820_ARQUIVO_AnpuhNacional.pdf. Acesso em: 20 mar. 2025.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

NASCIMENTO, A. C. (2021). Os caminhos da escola indígena. In: ***Fronteiras***, *4*(7-9), 23–54. Disponível em: https://ojs.ufgd.edu.br/FRONTEIRAS/article/view/13393/6841. Acesso em: 20 mar. 2025.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. *In*: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber:** eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas. Buenos Aires, Colección Sur Sur, 2005.

QUIJANO, Anibal. Colonialidad y modernidad/racionalidade *in* **Peru Indígena** (Lima) Vol. 13, Nº 29. 1992. Disponível em: https://www.lavaca.org/wp-content/uploads/2016/04/quijano.pdf. Acesso em: 10 jan. 2025.

QUIJANO, Aníbal. **Don Quijote y los molinos de viento en América Latina**. 2006. Disponível em: http://biblioteca.clacso.edu.ar/Costa_Rica/dei/20120711013853/donquijote.pdf. Acesso em: 17 nov. 2023.

RAMOS, Antônio Dari, *et al*. **Diálogos interculturais:** identidades indígenas na escola não-indígena. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2006.

RAMOS, Antônio Dari. A resistência e a autoria como chaves de leitura para a educação escolar indígena diferenciada e descolonizadora. **Revista Antropologia & Sociedade**. v. 1 n. 1 (2023). Disponível em: https://periodicos.ufpe.br/revistas/index.php/antropologiaesociedade/article/view/257846. Acesso em: 10 mar. 2025.

RAMOS, Antônio Dari. História e esquecimento: Análise da formação histórica da região das Missões do Rio Grande do Sul. *In* TEDESCHI, Losandro A.; RAMOS, Antônio Dari (Orgs.). **Temas sobre gênero e interculturalidade**. (Cadernos acadêmicos UFGD. Ciências Humanas). Dourados, MS: Ed.UFGD, 2010.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Mares. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: editora Juruá, 2012.

WALSH, Catherine. Interculturalidad y colonialidad del poder. Um pensamiento y posicionamiento “outro” desde la diferencia colonial. In: CASTRO-GOMEZ, Santiago; GROSFOGUEL, Ramón (Org**.). El giro decolonial: Reflexiones para uma diversidad epistêmica más Allá del capitalismo global**. Bogotá: Siglo del Hombrelesco-Pensar, 2007.

WALSH, Catherine. Interculturalidade Crítica e Pedagogia Decolonial: in-surgir, re-existir e re-viver. In: CANDAU, V. M. (Org.) **Educação Intercultural na América Latina**: entre concepções, tensões e propostas. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2009.

WALSH, Catherine. Interculturalidad crítica y educación intercultural**. Construyendo Interculturalidad Crítica.** Disponível em: https://medhc16.wordpress.com/wp-content/uploads/2018/06/interculturalidad-crc2a1tica-y-educacic2a6n-intercultural1.pdf. Acesso em: 21 fev. 2025.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA A PARTIR DA TEORIA DA PONDERAÇÃO E A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS FORMAIS NA OBRA DE ROBERT ALEXY

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO LIFE BASED ON THE THEORY OF WEIGHTING AND THE IMPORTANCE OF FORMAL PRINCIPLES IN THE WORK OF ROBERT ALEXY

Laura Mallmann Marcht[44]
José Francisco Dias da Costa Lyra[45]

RESUMO: A fórmula da ponderação de Robert Alexy tem sido amplamente utilizada em diversas cortes constitucionais para ponderar colisões entre princípios. Assim, esta pesquisa tem como problema norteador o seguinte: em que medida a adesão dos princípios formais na fórmula contribui para a efetivação desses direitos? Tem-se, como hipótese, que este último território abordado na teoria em questão é essencial para a correção material do Direito, a qual ocorre em um metanível. Neste sentido, o objetivo geral desta pesquisa é compreender a importância da obra de Robert Alexy para a promoção de direitos fundamentais, seja internacional ou nacionalmente. Portanto, tem-se como objetivos específicos os seguintes: a) ponderar acerca dos desafios e das incompreensões pelas quais a teoria da argumentação jurídica alexyana perpassa; b) analisar as principais transformações ocorridas no interior da fórmula da ponderação, com destaque para a importante adesão dos princípios formais neste contexto; c) refletir acerca do direito à vida, e, em específico, a interrupção voluntária da gravidez no ordenamento jurídico brasileiro. O método selecionado foi o hipotético-dedutivo e a técnica utilizada foi a da pesquisa bibliográfica-documental.

[44] Doutoranda em Direito – área de concentração em Direitos Especiais –, com bolsa integral da CAPES, pela URI/SAN. Pós-graduanda em Direito Público e Direito Contemporâneo pela ESMAFE/PR. Mestra em Direito pela UNIJUÍ. Integrante do Grupo de Pesquisa do CNPq: "Tutela dos Direitos e sua Efetividade", coordenado pelo Prof. Dr. José Francisco Dias da Costa Lyra, vinculado à Linha de Pesquisa II do PPGD da URI/SAN. Pesquisadora voluntária do Grupo de Pesquisa do CNPq: "Direitos Humanos, Governança e Democracia", coordenado pelo Prof. Dr. Gilmar Antonio Bedin da UNIJUÍ. Advogada. E-mail: laura.marcht@hotmail.com.

[45] Doutor em Direito pela UNISINOS, Mestre em Direito pela UNIJUÍ, Especialista em Direito Público pela IESA, Especialista em Direito Privado pela UNIJUÍ e Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela FADISA. Juiz de Direito – TJ/RS. É Professor nos Cursos de Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – área de concentração em Direitos Especiais –, pela URI/SAN. Líder do Grupo de Pesquisa do CNPq: "Tutela dos Direitos e sua Efetividade", vinculado à Linha de Pesquisa II do PPGD da URI/SAN. E-mail: jfdclyra@tjrs.jus.br.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Vida; Direitos Fundamentais; Interrupção Voluntária da Gravidez; Princípios Formais; Robert Alexy.

ABSTRACT: Robert Alexy's weighting formula has been widely used in various constitutional courts to weigh up collisions between principles. Thus, this research has the following guiding problem: to what extent does adherence to the formal principles in the formula contribute to the realization of these rights? The hypothesis is that the latter territory addressed in the theory in question is essential for the material correction of the Law, which occurs on a meta-level. In this sense, the general objective of this research is to understand the importance of Robert Alexy's work for the promotion of fundamental rights, whether internationally or nationally. Therefore, the specific objectives are as follows: a) to consider the challenges and misunderstandings that Alexy's theory of legal argument goes through; b) to analyze the main transformations that have occurred within the formula of weighting, with emphasis on the important adherence of formal principles in this context; c) reflect on the right to life and, specifically, the voluntary termination of pregnancy in the Brazilian legal system. The method selected was hypothetical-deductive and the technique used was bibliographical-documentary research.

KEYWORDS: Right to Life; Fundamental Rights; Voluntary Termination of Pregnancy; Formal Principles; Robert Alexy.

1 INTRODUÇÃO

Robert Alexy é um jurista alemão, pós-positivista, que dedicou sua vida a criar critérios de racionalidade para solucionar casos, em específico, do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Contudo, sua densa obra espalhou-se pelo globo, e a teoria da argumentação começou a ser amplamente utilizada em diversas cortes constitucionais. A aplicação da fórmula da ponderação tornou-se problemática quando as cortes começaram a aplicar de forma simplista. O autor, contudo, atento às críticas que outros juristas realizaram sobre o teste da proporcionalidade, foi modificando a fórmula da ponderação para, portanto, essa ser utilizada em outros contextos que não fossem específicos do Tribunal alemão.

Neste sentido, esta pesquisa tem como problema norteador o seguinte: em que medida a adesão dos princípios formais na fórmula contribui para a efetivação dos direitos fundamentais? Como hipótese, tem-se que este último território abordado na teoria em questão, é essencial para a correção material do Direito, a qual ocorre em um metanível. Em outras palavras, o pós-positivista alemão preocupa-se em criar critérios racionais para solucionar decisões de modo mais justo e com maior eficácia social possíveis. Com efeito, tem-se como objetivo geral compreender a importância

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

da obra de Robert Alexy para a promoção de direitos fundamentais, seja no âmbito de outras cortes internacionais ou, ainda, no contexto brasileiro.

Para isso, os objetivos específicos elencados para a persecução deste estudo foram os seguintes: a) ponderar acerca dos desafios e das incompreensões pelas quais a teoria da argumentação jurídica alexyana perpassa; b) analisar as principais transformações ocorridas no interior da fórmula da ponderação, com destaque para a importante adesão dos princípios formais neste contexto; c) refletir acerca do direito à vida, e, em específico, a interrupção voluntária da gravidez no ordenamento jurídico brasileiro.

Para isso, será feita uma breve digressão acerca dos julgados que circundam a temática do aborto, desde a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.510 (Brasil, 2008) – que trata da utilização de células tronco e embriões humanos em pesquisas –, perpassando pelo Habeas Corpus (HC) 124.306 (Brasil, 2016) – que discute a permissão da interrupção da gravidez nos três primeiros meses da gestação –, chegando até discussões mais contemporâneas em curso, como é o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442 (Brasil, 2017) – esta visa a descriminalização do aborto no Brasil. Com efeito, as contribuições de Robert Alexy para a efetivação dos direitos fundamentais – seja em âmbito global ou nacional – revela a justificativa social desta investigação.

2 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

A hermenêutica[46] jurídica é um método de interpretação da linguagem própria da modernidade. Com efeito, a linguagem é fundante de tudo, inclusive, da ciência do direito (Stein, 2014). A interpretação, nesse sentido, é sempre para o outro. Assim, quando uma norma está clara, não há necessidade de que ocorra a sua interpretação. O intérprete, contudo, encontra-se em um círculo dialógico quando, a partir dos fatos de um determinado caso difícil – *hard case*[47] –, precisa fazer este exercício

[46] Hermes era um deus da mitologia grega que fazia a intermediação entre a linguagem dos deuses e a dos mortais.

[47] De acordo com Ronald Dworkin (2002, p. 127, grifo nosso), “quando uma *ação judicial* específica não pode ser submetida a uma *regra de direito clara*, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o *‘poder discricionário’* para decidir o caso de uma maneira ou de outra.” Estes

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

hermenêutico (Viana, 2023). A questão que se coloca é: pode o intérprete construir qualquer sentido para as normas? (Viana, 2023). De acordo com a Teoria do Direito, a resposta é não.

Como todo intérprete está carregado de suas pré-compreensões e sentidos do mundo, Robert Alexy propõe uma teoria da argumentação que busca resgatar uma moral corretiva para o direito (Viana, 2023). Este movimento é diametralmente oposto ao positivismo clássico do século XX, que cindiu o direito da moral – dada as experiências totalitárias, verificou-se que essa cisão era muito perigosa para o direito. Assim, Alexy construiu uma teoria do discurso com base em um sistema de regras e princípios – enquanto valores – que cuidassem da racionalidade da argumentação para concretizar, de fato, direitos fundamentais (Alexy, 1997; 2016). Nesse sentido, é possível afirmar que Alexy vinculou a teoria da argumentação com a teoria dos direitos fundamentais, revolucionando a teoria do discurso para as cortes constitucionais de todo globo – chegando, inclusive, a impactar as decisões da Suprema Corte de Israel (Barak, 2017).

O positivismo jurídico, com efeito, tem sido reiteradamente acusado de não corresponder às questões que envolvam justiça social, direitos fundamentais e direitos humanos. Muitos, inclusive, o reduzem à teoria kelseaniana[48] – ainda que este autor austríaco tenha contribuído muito para a construção da ciência do direito, principalmente durante o século XX –, ou, ainda, à Escola da Exegese – também conhecida como Escola Filológica –, na qual o juiz era reconhecido como a boca da lei. Contudo, o legado do positivismo não pode ser limitado apenas àqueles que são compreendidos como os fetichistas da lei. Por essa razão, é importante compreender que há diversas escolas de pensamento positivistas[49] e cada uma está situada dentro

casos são denominados de difíceis – no inglês, *hard cases* – e, para isso, o positivismo jurídico buscou criar uma teoria que fosse capaz de resolvê-los (Dworkin, 2002).

[48] Não por acaso, a obra *Teoria Pura do Direit*o (Kelsen, 1998) foi tão rechaçada pelos jusnaturalistas e mal compreendida pelos defensores da justiça social (Warat, s.a.). É que Kelsen pretendeu cindir o Direito da Ciência Jurídica em Sentido Estrito para retirar desta última todos as disciplinas e os elementos que lhe fossem estranhos – inclusive, a moral (Warat, 1983; s.a.).

[49] Esta pesquisa, contudo, não tem por pretensão esgotar esta questão, mas sim, delimitar o recorte no qual está inserido o jurista alemão Robert Alexy.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

de um determinado contexto e foi construída para responder determinadas problemáticas locais[50].

Com efeito, a teoria da argumentação de Robert Alexy foi aplicada em diversos países de forma errada, o que não ocorreu de modo diverso no Brasil. Neste sentido, esqueceu-se que o pós-positivista alemão criou a fórmula da ponderação pensando no contexto no qual vivia e, especificamente, nos casos do Tribunal Constitucional Federal[51] da Alemanha. Como consequência, a problemática da judicialização da política no Brasil tem se intensificado, principalmente, na última década. De acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso (2012), essa problemática e o ativismo judicial são conceitos considerados "primos". Isso porque vêm "da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas *não têm as mesmas origens*" (Barroso, 2012, p. 25, grifo nosso).

A judicialização da vida, com efeito, já é um fato no Brasil dada a opção constitucional feita através da redemocratização do país (Barroso, 2012). Isso quer dizer que "algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo *decididas* por *órgãos do Poder Judiciário*, e não pelas instâncias políticas tradicionais" (Barroso, 2012, p. 24, grifo nosso). Diferentemente, o ativismo judicial pode ser considerado uma atitude proativa de interpretação constitucional (Barroso, 2012). Este, tem suas origens na jurisprudência estadunidense. Seja qual for a importação teórica, o fato é a aposta contemporânea é focada em um maior protagonismo judicial. Assim, a crítica central feita pelos teóricos ao método do sopesamento seria ao espaço que esta fórmula abre para o "subjetivismo e o decisionismo dos juízes." (Alexy, 2018, p. 164).

---

[50] Conforme Martin Borowksi (2022a, p. 49, grifo nosso), "estabelecer os fatos e *interpretar o direito local* é uma função somente das *cortes locais*."

[51] Dentre esses casos, é possível citar o *Caso Lüth* (BVerfGE 7, 198, Lüth-Urteil, j. 15.01.1958), o qual foi um marco significativo para a compreensão da relação entre Constituição e direito privado, em outras palavras, sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado (Barroso, 2019). Neste caso, o diretor de imprensa Erich Lüth boicotou o filme "Amada imortal", dirigido por Veit Harlan, um cineasta que colaborou ativamente com o nazismo através da produção de "*Jud Süß*". Este filme continha um viés fortemente discriminatório e antissemita – e, não por acaso, foi produzido a pedido do Ministro da Propaganda do Terceiro Reich, à época, Joseph Goebbels. Lüth protestou contra "Amada imortal" pelo vínculo histórico de Harlan, levando o caso ao Tribunal de Justiça de Hamburg que, nas duas instâncias, defendeu a liberdade de exercício profissional do cineasta Harlan. Através de queixa constitucional, Lüth, no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, reverteu o quadro e foi verificado seu direito à livre manifestação de opinião (Barroso, 2019).

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

Tendo por base esses pressupostos e contextualizada a problemática em que se insere as discussões da teoria da argumentação jurídica alexyana, faz-se necessário compreender o propósito deste autor com seus escritos. Robert Alexy, em sua obra, idealiza um direito adequado, ou seja, um direito que respeite a legalidade, e que, através de correções racionais, promova a maior eficácia social possível (Viana, 2023; Alexy, 2016). Isso porque o direito tem uma dupla natureza (Alexy, 2016): a) uma dimensão real, na qual são expressos elementos de positividade do direito que se preocupam com a eficácia social jurídica; b) uma dimensão ideal, a qual procura corrigir tanto o conteúdo quanto os procedimentos desse direito – e aqui demonstra-se a preocupação com as correções morais e de justiça. Esta dupla natureza implica, portanto, em um não-positivismo jurídico (Alexy, 2016). A tese de Alexy é, em verdade, um "sistema 'dinâmico' (e não 'estático') de regras e princípios jurídicos" (Queiroz, 2009, p. 17), no qual a argumentação é o centro deste estudo. A proporcionalidade, por muitas décadas, foi um dos mecanismos mais utilizados em cortes constitucionais[52] para reivindicar direitos fundamentais (Borowski, 2022a). Esta fórmula é imprescindível para os *hard cases*.

A teoria dos princípios, nesse contexto, sofreu – e tem sofrido – diversas objeções – inclusive, de natureza institucional. O receio é que o Estado legislativo parlamentar, transforme-se em um Estado jurisdicional-constitucional (Böckenförde, 1991; Sieckmann, 2011), no qual a jurisdição – excessivamente ambiciosa – oprimiria os processos democráticos. Como consequência, os críticos da teoria dos princípios alegam um suposto "inchaço dos direitos fundamentais". Nesse sentido, cabe citar a crítica de Ernst-Wolfgang Böckenförde (1991; 2000), na qual o jurista alemão – que, inclusive, foi juiz no Tribunal Constitucional Federal Alemão entre os anos de 1983 e 1996 – teme que ocorra nas cortes constitucionais um decisionismo schmittiano

[52] Embora seja possível imaginar que a origem da proporcionalidade derive do direito constitucional dada sua forma de aplicação contemporânea, ela deriva, na verdade, do direito administrativo prussiano do século XIX (Neiva, 2021a; 2021b; 2021c). O *Rechtsstaat*, ou ainda, o Estado de Direito, era insuficiente posto que o Estado poderia fazer, em tese, qualquer coisa que fosse autorizada por lei (Tovar, 2022). É que neste período, não havia uma Carta de Direitos que determinasse o que era proibido e o que era permitido (Neiva, 2021a; 2021b; 2021c). A partir de então, a proporcionalidade se expandiu para o direito constitucional, o policial, o civil, para o direito comparado, para a polícia criminal e, inclusive, para questões de gênero (Tovar, 2022).

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

(Tovar, 2022). Este temor decorre do debate teórico fixado no século XX entre Carl Schmitt (2007) e Hans Kelsen (1989).

Carl Schmitt (2007) defendia uma homogeneidade do povo – no contexto alemão – enquanto conjunto político e, para isso, o cientista político defendia a fortificação da dicotomia entre o amigo – aquele que deve ser defendido – e o inimigo[53] – aquele que precisa ser combatido (Bercovici, 2003; Copetti Neto, 2010). Como consequência, Carl Schmitt (2007) compreende que a guarda da Constituição caberia, então, ao Presidente do Reich – à época, Hitler. Portanto, é este Presidente que poderia instaurar o estado de exceção, nos termos do artigo 48 da Constituição de Weimar – o qual cessava com os direitos individuais em prol de uma suposta segurança nacional. Este é o embasamento legal do nacional-socialismo: o povo legitimou este governo antidemocrático, democraticamente – por meio da própria Carta de Weimar, um dos maiores símbolos do constitucionalismo social. Inversamente, o jurista austríaco Hans Kelsen (1989), compreende que a guarda da Constituição caberia a um Tribunal Constitucional capaz de exercer o controle de constitucionalidade das leis, sempre levando em consideração o Estado de Direito e sua função enquanto tal (Copetti Neto, 2010).

A teoria alexyana, contudo, tem seu marco inicial com a obra de Ronald Dworkin (2002)[54] e a distinção que este faz entre o que seriam regras e princípios (Sieckmann, 2011). Embora Alexy acuse a hermenêutica dworkiana de ser simplista, por este entender que “todos os princípios têm um mesmo caráter *prima facie* e todas as regras um mesmo caráter definitivo” (Amorim, 2005, p. 128), faz-se necessário explicar brevemente o caminho que o hermeneuta percorre para distinguir sua obra da teoria da argumentação alexyana[55]. É que à hermenêutica, Dworkin atribuiu uma

[53] Durante o Terceiro Reich, esta fundamentação teórica schmittiana provocou a segregação racial de judeus, negros, bacos, catalães, ciganos e homossexuais: todos eram alvos, indistintamente. Isso porque manchavam a imagem da raça pura ariana e, é através da propaganda nazista que os líderes totalitários provocavam as massas para segregar os “inimigos do povo”, os verdadeiros traidores da pátria e os párias da nação (Arendt, 2012).

[54] Na obra *Levando direitos a sério* (2002), Dworkin trabalha com as *established rules*, ou seja, as regras que são institucionalmente reconhecidas (Borowski, 2022b). Ainda, nesta obra, faz oposição dos princípios conservadores aos princípios substantivos (Borowski, 2022b).

[55] Isto é importante porque na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442 (Brasil, 2017) – que será objeto de discussão na última seção –, será possível verificar a teoria do romance em cadeia de Dworkin (1999). O romance em cadeia diz respeito a uma interpretação jurídica

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

viragem construtivista, na qual se cria não um modelo dedutivo de decisão, mas sim, um "modelo de *coerência* (ou adequação) entre os *enunciados linguísticos textuais* e as *razões* que fundamentam a decisão, isto é, os *argumentos*" (Queiroz, 2009, p. 386, grifos do autor).

Para solucionar as antinomias, Dworkin (2002), através do critério "tudo-ou-nada"[56], resolve se a regra A ou a regra B deve prevalecer. No conflito entre regras, uma delas é considerada inválida. Assim, Dworkin (2002) considera que os princípios são as razões que indicam uma direção (Alexy, 2018). O juiz ideal, para Dworkin, é o Hércules – aquele que possui habilidades sobre-humanas (Alexy, 2016). Já ao juiz real, é dada a tarefa de se aproximar o máximo possível das habilidades do Hércules dworkiano (Alexy, 2016; Dworkin, 2002). Aqui, o recorte epistêmico existente entre regras e princípios já pode ser observado.

Para compreender este recorte, é importante referir que regras e princípios são, ambos, normas (Alexy, 2018). Essas duas espécies de normas são deontológicas[57] e não axiológicas[58], contudo, possuem diferenças fundamentais entre si. Regras possuem um grau de generalidade baixo, posto que são normas que ditam comportamentos a serem seguidos (Alexy, 2018). Nesse sentido, as regras são comandos definitivos e, por isso, quando conflitam[59] – o conflito ocorre na dimensão da validade – devem ser resolvidos através do método da subsunção (Alexy, 2018;

---

construída em conjunto por romancistas – neste caso juízes – que interpretam algo novo a partir da interpretação anterior (Dworkin, 1999). Para o hermeneuta, "essa pode ser uma *tarefa impossível*; talvez o projeto esteja condenado a produzir não apenas um *romance incrivelmente ruim*, mas na verdade a *não produzir romance algum*, pois a *melhor teoria da arte exige um único criador* ou, em caso de mais de um, que cada qual exerça algum controle sobre o todo." (Dworkin, 1999, p. 276, grifo nosso).

[56] Para explicar melhor o que seria o tudo-ou-nada – *all-or-nothing-fashion* –, Dworkin (2002) explica como funcionam as regras a partir do que é determinado em um jogo. Neste caso, o autor utiliza como exemplo o beisebol: "No beisebol, uma regra estipula que, se o batedor errar três bolas, está fora do jogo. *Um juiz não pode*, de modo coerente, reconhecer que este é um enunciado preciso de uma regra do beisebol e *decidir que um batedor que errou três bolas não está eliminado*. Sem dúvida, uma regra pode ter exceções [...]. Contudo, um enunciado correto da regra levaria em conta essa exceção; se não o fizesse, seria incompleto." (Dworkin, 2002, p. 39-40, grifo nosso).

[57] Que permite, obriga ou proíbe (Alexy, 2018), são normas que determinam um dever ou dever-ser.

[58] Que possui valor (Alexy, 2018).

[59] O conflito entre regras pode ser resolvido através de cláusulas de exceção, ou seja, quando no interior da regra a cláusula de exceção já está contida (Alexy, 2018). Também, pode ser resolvida caso uma delas seja invalidada.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

2022). A subsunção, então, invalidará uma das regras. Como consequência, uma delas é subsumida – pois será considerada inválida e a outra, válida.

Os princípios, por sua vez, possuem um grau de generalidade alto. Isto porque são normas de argumentação (Alexy, 2018). Essas normas são mandamentos de otimização que exigem "que algo seja realizado na *maior medida possível*, dadas as possibilidades *jurídicas* e *fáticas*" (Alexy, 2022, p. 112, grifo nosso). Dessa forma, os princípios não conflitam como as regras, mas sim, colidem – esta colisão ocorre na dimensão do peso. Isso porque não há como invalidar um princípio dado seu caráter *prima facie*[60]. Os princípios possuem, assim, um horizonte de sentido e uma abertura semântica muito mais abstrata do que as regras. Com efeito, a questão central dos princípios é: qual deles tem maior peso no caso concreto? (Alexy, 2018). Portanto, o método para a solução da colisão entre princípios é o da ponderação.

Para realizar essa racionalização, Robert Alexy constrói o teste da proporcionalidade, na qual o autor observa a otimização no sentido de suas possibilidades fáticas, verificando a adequação e a necessidade (Borowski, 2022a). Somente após a verificação dessas duas fases, passa-se para a terceira que analisa a otimização no que se refere às possibilidades jurídicas, que é a chamada proporcionalidade em sentido estrito (Borowski, 2022a; Neiva, 2021a). Posto que, para Alexy (2016, p. 9-10, tradução nossa), os direitos humanos podem ser considerados morais porque sua existência por si já se justifica, os direitos fundamentais, no mesmo sentido, "representam a intenção de positivar os direitos humanos"[61]. O fundamento da teoria de Alexy, assim, é a interpretação dos direitos fundamentais enquanto princípios (Sieckmann, 2011). Por isso, faz-se necessário compreender as transformações pelas quais o teste da proporcionalidade perpassou.

[60] Esses, são princípios que à primeira vista, são destinados a manter o *status quo* (Dworkin, 2002; Borowski, 2022b).

[61] Texto original: "los derechos fundamentales representan el intento de positivizar los derechos humanos."

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

3 A EVOLUÇÃO DA FÓRMULA DA PONDERAÇÃO E A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS FORMAIS

O exame da proporcionalidade, decorrente da teoria dos princípios[62], "se tornou o *critério material* mais importante para se avaliar reivindicações decorrentes de *direitos fundamentais*." (Borowski, 2022a, grifo nosso). Por consequência, isso demonstra o quanto a teoria em questão e, principalmente, seus avanços, são muito importantes para o estabelecimento de critérios racionais para as decisões judiciais. Nesse sentido, compreender as fases pelas quais a lei do sopesamento perpassou é, de fato, necessário. Com efeito, é possível afirmar que há três grandes fases no desenvolvimento da teoria alemã dos princípios de Robert Alexy (Trivisonno; Borowski, 2022). Observa-se que, em cada fase, a fórmula da ponderação fica cada vez mais complexa. Isso porque, adiciona-se ao cálculo, elementos que antes não eram considerados pelo jurista alemão. Isto demonstra que Alexy sempre esteve atento às críticas realizadas por outros(as) autores(as) a sua obra, tornando a teoria dos princípios progressivamente mais refinada, como será demonstrado nesta seção.

Na primeira fase – localizada no ano de 1985 –, há a criação do chamado modelo da combinação (Trivisonno; Borowski, 2022). Este, foi construído – e é apenas um esboço – por Ronald Dworkin[63] e Robert Alexy. O modelo da combinação é defendido, na contemporaneidade, por Martin Borowski. Ainda nesta fase, há o modelo dos princípios formais colidentes, defendido por Jan-Reinnard Sieckmann – localizado no início da década de 1990 em diante. Cronologicamente, após 1998, Borowski irá defender uma forma mais desenvolvida do modelo da combinação[64].

A segunda fase, por sua vez, localiza-se entre os anos de 2002 e 2003, sendo reconhecida como um período de transição do modelo da combinação, uma fórmula do peso considerada mais simples, para um modelo mais complexo que considerasse a adesão dos princípios formais na fórmula do sopesamento (Trivisonno; Borowski, 2022). Como consequência dessa transição, inicia-se a terceira fase. Nesta fase, dois

---

[62] A teoria dos princípios, enquanto peso e estrutura, pertence à Teoria do Direito (Borowski, 2022b).
[63] Ronald Dowrkin entendia que a Suprema Corte dos Estados Unidos era uma espécie de foro de princípios, posto que o controle de constitucionalidade exercido neste tribunal alterou, de modo substancial, a forma de "compreender e construir a vontade geral nas democracias." (Rosanvallon, 2008 p. 203, tradução nossa).
[64] O modelo da combinação também pode ser chamado de modelo formal-material misto.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

modelos se destacam, quais sejam: o epistêmico e o formal-material puro. Contudo, para entender estes dois modelos, é necessário antes, compreender o caminho teórico pelo qual Robert Alexy perpassou para chegar até esta terceira fase, que é a mais defendida na contemporaneidade.

À vista disso, enquanto a lei de colisão – que determina que os princípios colidem e não conflitam – com o passar do tempo não tem sofrido alterações relevantes, em contrapartida, a lei da ponderação, tem sido objeto de diversas alterações desde o desenvolvimento da fórmula do peso (Alexy, 2016). Posto que a finalidade primeira dos direitos fundamentais, ainda que esses sejam de cunho coletivo, é garantir a proteção do indivíduo (Sarlet, 2018), a lei da ponderação, através da *otimalidade de Pareto*, busca impedir os denominados custos evitáveis (Alexy, 2022). Isto quer dizer, em outras palavras que "se deve preferir um estado de coisas A a um estado de coisas B quando da passagem de A para B *não resulte a nenhum dos participantes situação pior* do que aquela anterior e pelo menos um deles tenha a sua situação melhorada." (Tovar, 2022, p. 391, grifo nosso).

Como consequência, na sobredita lei, quanto maior for o grau de afetação de determinado direito fundamental, tanto maiores deverão ser as razões que justificam o sacrifício desse direito (Sieckmann, 2011). De acordo com a lei do sopesamento, nesse sentido, "quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, *tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro*" (Alexy, 2018, p. 167, grifo nosso). Por essa razão, esta lei pode ser compreendida como uma regra de decisão diferenciada, mas, jamais, um procedimento generalizante (Alexy, 2018).

Contudo, antes de adicionar a variável "*C*" na fórmula completa do peso, Alexy cria a fórmula em seu modelo simples[65] – uma estrutura básica –, na qual é calculada apenas a intensidade das interferências, verificando se determinado direito fundamental foi resguardado ou não (Borowski, 2022a; 2022b; Klatt, 2021). A variável "*I*", por sua vez, irá verificar a dimensão material correspondente de cada princípio, podendo a interferência ser caracterizada como leve (1), médio (2) ou grave (4) (Alexy, 2022). Com efeito, a fórmula do peso simples é representada pela seguinte equação:

[65] Esta primeira estrutura mais simples da fórmula do peso foi introduzida a partir do posfácio da obra original – em inglês – *Teoria dos Direitos Fundamentais* (Alexy, 2018; Klatt, 2021).

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

Figura 1 - Fórmula do peso simples

$$PeR_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

Fonte: Borowski (2022b, p. 76)

Como pode ser observado, o peso concreto – que se intenta ponderar – dos princípios colidentes "*i*" e "*j*" ($PeR_{i,j}$) tem como pressuposto que os princípios em colisão têm o mesmo peso em abstrato (Borowski, 2022b). Para solucionar este problema, Alexy insere a variável correspondente ao peso em abstrato dos princípios em questão (*PeA*). Assim, o pós-positivista alemão busca "reconstruir como um princípio que em um caso concreto sofre menor restrição, mas que possui um peso abstrato maior prepondera sobre um princípio que no caso concreto é mais fortemente restringido, mas que possui um peso abstrato menor" (Borowski, 2022b, p. 77). Com efeito, a fórmula ampliada do peso é retratada da seguinte forma:

Figura 2 - Fórmula do peso ampliada

$$PeR_{i,j} = \frac{I_i \cdot PeA_i}{I_j \cdot PeA_j}$$

Fonte: Borowski (2022b, p. 77)

As variáveis de interferência "*I*" e de peso em abstrato "*PeA*", são consideradas enquanto fatores ônticos (Alexy, 2022). A inserção da variável *PeA* resulta, contudo, insuficiente para ponderar os princípios em rota de colisão. Desta ponderação, resultam possíveis três consequências: "se $W_{i,j}$[66] obtiver um valor maior que 1, há uma obrigação de dar preferência a P_i [...]; segundo, se $W_{i,j}$ obtém um valor abaixo de 1, há uma obrigação de dar preferência a P_j; terceiro, *se* $W_{i,j}$ *obtiver o valor 1, haverá um impasse*." (Klatt, 2021, p. 12, grifo nosso). É justamente esse impasse que gera

[66] Estas razões que Klatt (2021) apresenta são de acordo com a fórmula original, ou seja, a partir das expressões em inglês.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

debates acerca da discricionaridade. Nesse contexto, Alexy insere a variável "*C*"[67] na lei do sopesamento – uma tentativa de corrigir a fórmula do peso –, e esta diz respeito às condições do caso concreto (Alexy, 2018), bem como "representa a certeza do *conhecimento das premissas empíricas*" (Borowski, 2022b, p. 77, grifo nosso).

O modelo epistêmico – localizado na terceira fase da evolução da lei do sopesamento – é, para o jurista alemão, na contemporaneidade, o mais "adequado para reconstrução das decisões de ponderação no âmbito do *controle de constitucionalidade* exercido pelas cortes constitucionais" (Trivisonno; Borowski, 2022, p. 10, grifo nosso). Este fator epistêmico, com efeito, "se refere ao *conhecimento das coisas*" (Alexy, 2022, p. 114, grifo nosso). Outrossim, o autor ilustra como nesta fórmula são ponderados tanto um princípio formal quanto um material – e essa relação ocorre, de acordo com Alexy (2022), em um metanível, em outras palavras, em uma "relação de segunda ordem"[68]. Verificando a complexidade deste modelo, a lei da ponderação epistêmica, nos termos de Alexy (Borowski, 2022b, p. 77, grifo nosso), rege que "*quanto mais grave for uma restrição* a um direito fundamental, *maior deve ser a certeza das premissas* que apoiam a restrição".

Esta lei, com efeito, tem validade *ceteris paribus*[69] (Borowski, 2022b). Assim, cria-se a fórmula do peso completa:

Figura 3 - Fórmula do peso completa, modelo epistêmico

$$PeR_{i,j} = \frac{I_i \cdot PeA_i \cdot C_i}{I_j \cdot PeA_j \cdot C_j}$$

Fonte: Borowski (2022b, p. 78)

[67] Nas obras originais, a variável "*C*" é, na verdade, "*R*", pois representa a expressão em inglês *reliability* – ou seja, certeza (Borowski, 2022b).

[68] Borowski (2022b) cita a tese de Johannes Badenhop (2010), a qual refere que os princípios formais seriam, em outros termos, meta-regras (Badenhop, 2010). Como consequência, se assim esses fossem considerados, uma ponderação entre princípios formais e materiais não seria possível (Badenhop, 2010).

[69] Na tradução do latim, este termo, principalmente na área da economia, quer dizer "tudo o mais constante", ou seja, as demais variáveis do modelo epistêmico mantêm-se constantes.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

Entretanto, a variável "*C*" não se restringe apenas às certezas empíricas. Isto porque, através da equação da certeza, Alexy percebe que é necessário considerar as suposições normativas e, por consequência, colocar a seguinte questão: quão intensas são as interferências das suposições empíricas e normativas?

É nesse contexto que surge a "fórmula do peso completa refinada", na qual são consideradas tanto as certezas empíricas quanto as normativas (Alexy, 2022). Diferentemente da fórmula do peso simples, na fórmula do peso completa refinada é utilizada a escala da certeza. Esta, permite estabelecer se determinado resultado é "'seguro' ou 'certo' (*s*), 'plausível' (*p*), e 'não evidentemente falso (*e*)'" (Alexy, 2022, p. 116). A sobredita fórmula, em sua forma refinada, pode ser ilustrada pela seguinte equação:

Figura 4 - Fórmula do peso completa refinada

$$PeR_{i,j} = \frac{I_i \cdot PeA_i \cdot C_i^e \cdot C_i^n}{I_j \cdot PeA_j \cdot C_j^e \cdot C_j^n}$$

Fonte: Alexy (2022, p. 115)

Embora a variável "*C*" tenha sido um grande ponto de partida para a teoria dos princípios, foi constatado que essa, por si só, não é capaz de solucionar a problemática dos princípios formais – que de forma incipiente e muito geral já tinha sido levantada por Dworkin (Borowski, 2022b; Dworkin, 2002). Nesse sentido, faz-se necessário distinguir os princípios materiais dos princípios formais. Ainda que ambos sejam comandos de otimização, a *differentia specifica* está no seu objeto (Alexy, 2022). Os princípios materiais são aqueles reconhecidos por seu conteúdo (Borowski, 2022b) e, portanto, têm como exemplos os direitos "a vida, a liberdade de expressão, o mínimo existencial e a proteção do meio ambiente" (Alexy, 2022, p. 116). Neste âmbito, a discricionaridade material ou estrutural é pouco problemática porque se tem como escopo a matéria constitucional (Alexy, 2022; Neiva, 2021a; 2021b; 2021c).

Já os princípios formais, ou ainda, os denominados procedimentais, são aqueles que se ligam ao fenômeno da discricionariedade do direito dada sua preocupação com a forma (Borowski, 2022b), ou seja, são aqueles que irão averiguar

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

a conformidade com o ordenamento jurídico vigente, bem como a eficácia social (Alexy, 2022; Neiva, 2021a; 2021b; 2021c). Estes últimos são, de modo metafórico, "o *último território* não ocupado no mapa da teoria dos princípios" (Borowski, 2022b, p. 62, grifo nosso). Por essa razão, essa preocupação com elementos do próprio positivismo jurídico intenta proteger os direitos fundamentais do fenômeno tão crescente da discricionaridade, e, para Alexy, a mais problemática é a discricionariedade epistêmica. Nesta, os princípios formais desempenham um papel decisivo porque quando o conhecimento das premissas é incerto, é conferido ao legislador a competência de fazer determinações – proibir, comandar ou deixar livre (Alexy, 2022).

Ainda, considerando a terceira fase da teoria dos princípios, é necessário referir que embora o modelo formal-material puro não seja defendido por nenhum autor, é amplamente utilizado por Alexy para a compreensão do conceito de direito (Trivisonno; Borowski, 2022). Isso porque o pós-positivista alemão se pergunta se é possível ponderar um princípio formal em face de um material e responde: "não é só possível, como, de fato, é necessário no direito" (Alexy, 2022, p. 118). É que no segundo pós-guerra, foi aplicada a fórmula de Radbruch[70], a qual refere que "injustiça extrema não é direito." (Alexy, 2022, p. 117). Com efeito, isto demonstra o quanto os princípios formais conferem segurança jurídica quando estes têm precedência e um peso concreto maior do que o princípio material da justiça (Alexy, 2022). Assim, resta evidente que a preocupação de Robert Alexy, através de um "não-positivismo", é de estabelecer critérios formais de justiça corretiva, em um metanível, constituindo de fato, em uma vasta contribuição para a Teoria do Direito. À vista disso, é possível observar o impacto da utilização da teoria da ponderação não apenas em ordenamentos externos, mas, sim, no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, é possível refletir acerca da interrupção voluntária no Brasil – o que será discutido na próxima seção.

[70] Nesse sentido, é possível citar a dissertação de Roberta Magalhães Gubert (2006). Nesta pesquisa, Gubert (2006) faz uma análise aprofundada acerca do caso dos atiradores do muro e a correlação com a teoria alexyana.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

4 O DIREITO À VIDA E A INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito à vida está tutelado no caput do art. 5º da Constituição Federal (1988) e, como outros direitos, não é absoluto. Nesse sentido, a respeito da temática do aborto, no ordenamento jurídico brasileiro, há cláusulas de exceção (Alexy, 2018) que permitem essa prática, quais sejam: a) em caso de estupro, art. 128, II, do Código Penal (Brasil, 1940); b) no caso de gestação de feto anencéfalo, art. 128, caput, do Código Penal (Brasil, 1940) – decisão decorrente da ADPF 54 (Brasil, 2012); c) em situação de risco para a vida da gestante, art. 128, I, do Código Penal (Brasil, 1940).

Nas últimas duas décadas, a discussão sobre o aborto tem se intensificado. Contudo, o Supremo Tribunal Federal (STF) nunca se posicionou de forma contundente sobre o assunto, embora demonstre tendências (Gitirana, 2024, informação verbal)[71]. Nesse sentido, faz-se necessário compreender as teorias que discutem quando começa, de fato, o início da vida para compreender qual é a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, será necessário fazer uma breve digressão sobre as posições jurídicas adotadas tanto pelo STF, quanto pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) para, ao final, verificar como a teoria da ponderação foi utilizada no caso concreto.

Isso porque essa temática não é pacífica ente os juristas e essa discordância perpassa outras ciências, como é caso, por exemplo, da filosofia (Costa; Giolo Júnior, 2015). Ainda, a carga moral e religiosa sobre a questão do aborto torna essa discussão ainda mais difícil de ser enfrentada. À vista disso, há cinco teorias acerca do início da vida: a) teoria concepcionista; b) teoria da nidação; c) teoria do tubo neural; d) teoria do impulso elétrico; e) teoria natalista.

A teoria concepcionista ou, ainda, da fecundação, como próprio nome demonstra, quer dizer que a vida começa a partir da concepção (Costa; Giolo Júnior, 2015; Jaborandy; Viana, 2021; Rocha, 2008). Nesse sentido, uma vez que essa teoria "entende que o embrião possui um estatuto moral *semelhante ao de um ser humano*

[71] Informação verbal proferida pela Professora Julia Heliodoro Souza Gitirana, em aula de Direito Constitucional do Curso Preparatório da Escola da Magistratura Federal do Paraná (ESMAFE/PR), no dia 06.05.2024.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

adulto" (Rocha, 2008, p. 81, grifo nosso), a partir do momento em que o "gameta masculino se funde com o gameta feminino, formando o zigoto" (Costa; Giolo Júnior, 2015, p. 298) é possível se falar em vida, ou seja, que o feto se trata de uma pessoa. Esta posição é adotada pelo Pacto de San José da Costa Rica (Diniz, 2025), uma vez que defende este documento internacional que compreende como o início da personalidade a concepção (Jaborandy; Viana, 2021; Varalli, 2017). Maria Garcia (2004) e Maria Helena Diniz (2025) são adeptas desta teoria (Varalli, 2017), bem como Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2014).

Nesse contexto, é possível citar o processo emblemático de Wanessa Camargo contra o apresentador Rafael Bastos. No dia 19 de setembro de 2011, durante o programa Custe o Que Custar (CQC), da Rede Bandeirantes, o apresentador Rafinha Bastos fez uma piada com Wanessa Camargo e seu nascituro, dizendo que "comeria ela e o bebê" (CNN, 2024, s.p.). Esta foi uma resposta à afirmação do apresentador Marcelo Tas, quando referiu que Wanessa estaria "bonitinha" (Martins; Zuza, 2012). Rafael foi demitido e condenado a indenizar o nascituro ao pagamento de R$ 150 mil por danos morais (CNN, 2024). Assim, embora a teoria concepcionista não seja adotada de forma explícita pelo STJ, à época, foi utilizada para proteger o nascituro de Wanessa – que reconheceu este como titular de direitos e, por essa razão, recebeu a indenização por danos morais (Gitirana, 2024, informação verbal)[72].

A teoria da nidação, por sua vez, defende que a vida começa quando há a "implantação do blastócito" (Magalhães, 2012, p. 99), ou seja, quando o embrião se fixa na parede do útero. Este processo ocorreria próximo do sexto dia após a fecundação (Magalhães, 2012). Luiz Régis Prado, Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho (2014) são autores adeptos a essa corrente teórica (Varalli, 2017). Já a teoria do tubo neural, refere que a vida inicia quando se forma o tubo neural – "que é responsável pela estrutura do sistema nervoso"[73] (Freitas, 2021). O córtex cerebral[74] se desenvolve apenas a partir da décima oitava semana de gravidez, isto explicaria por que seria a partir desse ponto que o feto sentiria dor (Varalli, 2017).

[72] Isto é importante para demonstrar a tendência do STJ.
[73] Isto é importante para compreender o caso da ADPF 54.
[74] Órgão responsável pelas sensações.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

Por sua vez, a teoria do impulso elétrico, ou, ainda, do sistema nervoso central, afirma que o início da vida ocorre no momento do primeiro impulso elétrico no interior do sistema nervoso (Varalli, 2017). De acordo com o STF – conforme os julgamentos da ADI 3.510 (2008) e da ADPF 54 (2012) –, seria esta posição que mais se aproxima do marco inicial da vida. Por fim, a última teoria é denominada de natalista, a qual tem como marco do reconhecimento da personalidade, o nascimento com vida do nascituro. Isso porque antes disso, o nascituro teria apenas uma expectativa de direitos, o que poderia gerar um grande problema jurídico: seria "o nascituro uma coisa?" (Tartuce, 2025, p. 64). Fato é que para o direito civil brasileiro, essa teoria é a majoritariamente aceita pela doutrina e adotada pelo Código Civil de 2002 (Brasil, 2002). Autores como Silvio Rodrigues e Sílvio de Salvo Venosa são filiados a essa corrente doutrinária (Tartuce, 2025).

Nesse sentido, para compreender por que o STF e o STJ demonstram apenas tendências de quando efetivamente começa a vida, é necessário observar as decisões mais pontuais acerca desse direito fundamental. A primeira delas se trata da ADI 3.150 (Brasil, 2008), na qual o objeto de discussão é se há vida em células embrionárias. Isso porque para realizar pesquisas científicas é inevitável que se destrua o embrião em questão (Pegorano, 2007). Com efeito, em 2005, havia sido editada a Lei da Biossegurança, Lei nº 11.105/05 (Brasil, 2005). Esta lei tinha o objetivo de permitir aos cientistas, "para fins de pesquisa e terapia", que fossem utilizados embriões "produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento [...] congelados há 3 (três) anos ou mais", conforme *caput* do art. 5º e inciso II da Lei da Biossegurança (Brasil, 2005, grifos do autor).

Na ADI em questão, o Procurador-Geral da República (PGR) à época, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, defendeu que este dispositivo contrariava "a inviolabilidade do direito à vida, porque o *embrião humano é vida humana*" (Brasil, 2008, p. 2, grifo nosso) consagrado na Constituição Federal (1988) e, por essa razão, estaria indo contra ao "fundamento maior do *Estado democrático de direito*"[75] (Brasil, 2008, p. 2,

[75] Aqui já é possível verificar porque invocar o Estado em uma questão que diz respeito ao direito de liberdade da mulher pode ser problemático para efetivar esse direito fundamental em uma eventual ponderação de princípios.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

grifo nosso). De fato, há biólogos, juristas e defensores de uma pretensa ética que sustentam essa tese e julgam que essa prática seria uma espécie de “feticídio”, ou seja, algo próximo a um crime de homicídio contra um adulto (Pegorano, 2007, p. 112).

Nesse caso, trata-se de alguém que teria essa expectativa de vida futura. Por essa razão, a parábola da lagarta e da borboleta de Olinto A. Pegorano (2007), parece responder os anseios dos defensores dessa corrente teórica: é que o embrião se desdobraria, em tese, em feto, após em criança, e, então, tornar-se-ia adulto. Não por acaso, essa argumentação é feita em grande parte por adeptos da Igreja Católica, ainda que do ponto de vista da ciência as probabilidades desse embrião se tornar, de fato, vida (após o requisito dos três anos), seja praticamente nula. Isto seria muito problemático para o ponto de vista do direito, uma vez que pesquisas desse gênero auxiliariam no combate a enfermidades como Parkinson e Alzheimer (Pegorano, 2007). Assim, a decisão do STF à época se demonstrou acertada.

A segunda decisão a respeito do direito fundamental à vida se trata da ADPF 54 (Brasil, 2012) que trata da antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos. Faz-se importante ressaltar que a expressão “antecipação do parto” é fundamental para o entendimento dessa decisão. Isso se dá porque um feto anencéfalo[76] – sem função cerebral – não é dotado de vida. Assim, o STF entendeu que neste caso seria uma antecipação do parto e não um aborto (Gitirana, 2024, informação verbal)[77]. Diante da colisão entre o direito à vida do feto *versus* a integridade física e psicóloga da mulher, prevaleceu esta última. O relator à época, Min. Marco Aurélio (Brasil, 2012), citou a obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Alexy (2018) e argumentou que a dignidade da pessoa humana é princípio fundante do Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual este princípio prepondera sobre o direito à vida. Esta decisão foi, também, acertada.

A terceira decisão importante é a constante no *Habeas Corpus* (HC) 124.306 (Brasil, 2016). Nesta decisão, se discute a inconstitucionalidade da interrupção

[76] Nas palavras de Gabriel Aragão e Letícia Sousa (2020, p. 48, grifo nosso), o feto “anencéfalo, mesmo com batimento cardíaco e respiração, seria um *morto cerebral*, não possuindo assim proteção jurídica”.
[77] Informação verbal proferida pela Professora Julia Heliodoro Souza Gitirana, em aula de Direito Constitucional do Curso Preparatório da Escola da Magistratura Federal do Paraná (ESMAFE/PR), no dia 06.05.2024.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

voluntária da gestação durante o primeiro trimestre da gestação. Esta, tratou-se de uma decisão específica em nível de HC e, por essa razão, não vinculante aos demais. Contudo, ainda que a decisão de Luís Roberto Barroso (Brasil, 2016) no caso em tela tenha sido garantista (Ferrajoli, 2002) – e, portanto, acertada desse ponto de vista –, ponderar a liberdade da mulher *versus* o interesse do Estado (Brasil, 2016) pode ter aberto um precedente para que a interrupção voluntária da gravidez – de modo geral –, não seja descriminalizada no Brasil. Isso porque pode se tornar interesse maior do Estado não descriminalizar a prática, seja qual for o fator extrínseco: custos públicos, religião, moral, uma pretensa integridade à vida do feto e afins.

Isto é facilmente verificável através de um raciocínio lógico através das fórmulas da ponderação – em cada uma das suas versões. No caso do aborto, por exemplo, caso se aplique a fórmula do peso simples e se discuta apenas a intensidade da interferência na liberdade da mulher *versus* a intensidade da interferência no direito à vida do feto (Neiva, 2021c) é possível ter um resultado. Caso se utilize a fórmula do peso ampliada, com a adesão do peso em abstrato na fórmula, será possível ter outro resultado – nesse sentido, Alexy também foi criticado pela discricionariedade, como demonstrado acima. Por essa razão, foi adicionada a variável *"C"*, que diz respeito a confiabilidade das premissas. Este, trata-se do modelo epistêmico. Neste caso, seria possível extrair outro resultado. Por essa razão, a inserção dos princípios formais na fórmula do peso completo refinada é tão importante. Esta é uma tentativa de atestar que determinado sopesamento seja adequado ao ordenamento jurídico em questão para garantir direitos fundamentais e, assim, evitar discricionariedade.

O problema dessa aplicação prática é que os resultados ainda podem ser alterados de acordo com o grau de intensidade que se atribui a determinada interferência – caso se trate de um julgador progressista ou conservador, existem fatores extrínsecos que prejudicam essa verificação. Ainda, a confiabilidade das premissas pode deixar esse exercício argumentativo mais complexo. Isso porque no caso do aborto, é possível pensar que o grau de interferência na liberdade da mulher é médio ou grave – com um grau alto de confiabilidade nesta premissa –, e, em contrapartida, há um grau de incerteza sobre a premissa do feto ter direito à vida com menos de 12 semanas – porque não se sabe se, de fato, uma pessoa está morrendo

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

nesse contexto. Isto fica mais complexo quando o próprio Supremo Tribunal Federal demonstra apenas tendências e não um posicionamento concreto.

Fato é que o STF, até os dias atuais, não se posiciona de forma contundente sobre o assunto. À vista disso, não é possível afirmar que se trata de uma omissão legislativa, uma vez que a temática do aborto sempre volta à pauta e ainda possui discussões em aberto – como é o caso da ADPF 442 (Brasil, 2017) que está buscando declarar inconstitucionais os arts. 124 e 126 do Código Penal e atribuir um efeito vinculante e *erga omnes* daquilo que foi julgado no HC 124.306 pelo Ministro Barroso (Brasil, 2017; Brasil, 1940; Brasil, 2016). De acordo Julia Gitirana (2024, informação verbal)[78], a decisão dessa ADPF será um retrato da teoria do romance em cadeia de Dworkin (1999). Isso porque não se sabe, efetivamente, o que o STF entende como marco do início da vida. O que se conhece, são as tendências e as decisões proferidas acerca da temática anteriormente. Nesse sentido, a obra de Dworkin (1999) parece acertada ao referir que essa teoria pode não apenas produzir um romance – decisão – ruim, mas sim, romance algum – causando grande insegurança jurídica no que será definido a seguir pelo STF como início da vida.

Certo seria tratar da questão do aborto – assim como a problemática das drogas –, como um caso de saúde pública e fomentar políticas públicas de proteção à integridade física da mulher. Se assim fosse, a vida de muitas mulheres seriam poupadas em função dos riscos à saúde da prática do aborto ilegal e várias crianças não estariam enfrentando graves problemas socioeconômicos, de desigualdade e, em muitos casos, de violência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria alexyana é, de fato, muito importante para a Teoria do Direito. Isso porque o pós-positivista alemão buscou incluir a moral na racionalidade da teoria dos princípios, objetivando uma pretensão corretiva ao direito para promover questões de justiça social. Dado que os direitos fundamentais buscam positivar os direitos

[78] Informação verbal proferida pela Professora Julia Heliodoro Souza Gitirana, em aula de Direito Constitucional do Curso Preparatório da Escola da Magistratura Federal do Paraná (ESMAFE/PR), no dia 06.05.2024.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

humanos, Alexy, através desta proposta “não-positivista”, busca repensar e ressignificar a forma pela qual estão sendo proferidas decisões pelo Poder Judiciário. Não apenas isso, Alexy denuncia em sua obra a problemática da discricionariedade epistêmica no âmbito do Poder Legislativo.

Isto coloca em xeque a própria concepção de “direito adequado”. Martin Borowski, em suas pesquisas, concluiu que o modelo epistêmico é, ainda, muito problemático. Por essa razão, defende o modelo da combinação. Contudo, em termos dworkianos, se levarmos os direitos a sério, verifica-se que os princípios formais são tão importantes para a ponderação de princípios quanto os materiais. O modelo epistêmico é, portanto, o modelo mais adequado – até hoje – para proferir decisões.

É que os princípios formais buscam garantir direitos fundamentais de acordo com o ordenamento jurídico vigente, na medida em que através da moral e da justiça, busca a maior eficácia social possível. Assim, a hipótese elaborada no introito desta pesquisa verifica-se corroborada. É que esta evolução na racionalidade da teoria dos princípios demonstra que Robert Alexy sempre considerou sua teoria inacabada – ainda que alguns autores a ataquem como irracional, como Jürgen Habermas – e, de acordo com as novas problemáticas – inclusive de outras cortes constitucionais que não a alemã –, revisitou sua extensa e densa obra na busca deste direito considerado “adequado”.

A interrupção voluntária de gestação é apenas um dos exemplos possíveis de refletir acerca da teoria da argumentação – que é amplamente utilizada no Brasil. À vista disso, faz-se necessário utilizar esta teoria com parcimônia para que não se crie lacunas argumentativas que possibilitem retrocessos para o direito, uma vez que sua criação teve como objetivo justamente o contrário: garantir a efetivação de direitos fundamentais quando os princípios se encontram em rota de colisão.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **La doble natureza del derecho.** Madrid: Trotta, 2016.

ALEXY, Robert. Princípios formais. 2022. *In*: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; BOROWSKI, Martin. **O debate sobre a teoria dos princípios fundamentais de Robert Alexy.** São Paulo: Marcial Pons, 2022.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

ALEXY, Robert. Problemas da Teoria do Discurso. *In*: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (Org.). **O novo em Direito e Política.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 13-29, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2018.

AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. Esboço e críticas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 42, n. 165, jan./mar. 2005. Disponível em: https://encr.pw/SI0dw. Acesso em: 29 abr. 2025.

ARAGÃO, Gabriel Willy Souza; SOUSA, Letícia Costa Pimenta. A teoria da integridade de Ronald Dworkin: o direito à vida como base interpretativa para a análise do aborto à luz da dignidade da pessoa humana. *In*: ROCHA, Sheila Marta Carregosa (Org.). **Direito e Linguagens**: revisitando autores das Ciências Jurídicas e da Semiótica. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo.** Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BADENHOP, Johannes. **Normtheoretische Grundlagen der Europäischen Menschenrechtskonvention.** Berlin: Nomos Verlagsgesellschaft, 2010.

BARAK, Aharon. **Proporcionalidad.** Los derechos fundamentales y sus restricciones. Lima, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433. Acesso em: 15 abr. 2025.

BARROSO, Luís Roberto. Os Três Papeis Desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas. **Revista da EMERJ** – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 11-35, set.-dez., 2019.

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o Estado Total e o Guardião da Constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 1, jan./jun. 2003. Disponível em: http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/30. Acesso em: 10 abr. 2025.

BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia.** Madrid: Trotta, 2000.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Staat, Verfassung, Demokratie**: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht. Frankfurt: Suhrkamp, 1991.

BOROWSKI, Martin. Discricionariedade na ponderação na Alemanha e na Convenção Europeia. 2022a. *In*: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; BOROWSKI, Martin. **O debate sobre a teoria dos princípios fundamentais de Robert Alexy.** São Paulo: Marcial Pons, 2022.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

BOROWSKI, Martin. Os princípios formais e a fórmula do peso. 2022b. *In*: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; BOROWSKI, Martin. **O debate sobre a teoria dos princípios fundamentais de Robert Alexy.** São Paulo: Marcial Pons, 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da União: Brasília, DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 abr. 2025.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Diário Oficial da União: Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 27 abr. 2025.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, ano 139, n. 8, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 30 abr. 2025.

BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.** Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, seção 1, 28 mar. 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: 30 abr. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, 29 de maio de 2008.** Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei de Biossegurança. [...] Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias. Inexistência de Violação do Direito à Vida. Constitucionalidade do uso de Células-Tronco Embrionárias em Pesquisas Científicas para fins Terapêuticos. Descaracterização do Aborto. [..] Improcedência total da ação. Relator: Ministro Carlos Brito. Requerente: Procurador Geral da República. Data de Julgamento: 29 de maio de 2008. Brasília, DF, 2008. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adi3510relator.pdf. Acesso em: 29 abr. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442.** Relator: Min. Flávio Dino. Requerentes: Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL). Brasília, DF, 2017. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865. Acesso em: 27 abr. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** Feto Anencéfalo – Interrupção da Gravidez – Mulher – Liberdade Sexual e Reprodutiva – Saúde – Dignidade – Autodeterminação – Direitos Fundamentais – Crime – Inexistência. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Relator: Min. Marco Aurélio. Requerentes: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Data de Julgamento: 12 de abril de 2012. Brasília, DF, 2012. Disponível

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf. Acesso em: 27 abr. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus nº 124.306/RJ.** Direito Processual Penal. Habeas Corpus. Prisão Preventiva. Ausência dos Requisitos para sua Decretação. Inconstitucionalidade da Incidência do Tipo Penal do Aborto no Caso de Interrupção Voluntária da Gestação no Primeiro Trimestre. Ordem Concedida de Ofício. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Pacientes: Edilson do Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Impetrante: Jair Leite Pereira. Data de Julgamento: 09 de agosto de 2016. Brasília, DF, 2016. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf. Acesso em: 27 abr. 2025.

CNN. **Rafinha Bastos faz piada com expulsão de Wanessa Camargo:** “Dia Especial”. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/entretenimento/bbb/rafinha-bastos-faz-piada-com-expulsao-de-wanessa-camargo-dia-especial/. Acesso em: 30 abr. 2025.

COPETTI NETO, Alfredo. **Democrazia Sostanziale e Analisi Economica del Diritto.** 2010. Tesi (Dottorato in Teoria del Diritto e della Democrazia) – Università degli Studi Roma Tre, Itália, 2010. Disponível em: https://arcadia.sba.uniroma3.it/handle/2307/636?locale=it. Acesso em: 11 abr. 2025.

COSTA, Raphael Mendonça; GIOLO JÚNIOR, Cildo. Teorias Jurídicas acerca do Início da Vida Humana. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, São Paulo, v. 10, n. 2, dez. 2015. Disponível em: https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/291/266. Acesso em: 30 abr. 2025.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2025.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paulo Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luis Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FREITAS, Rayssa Martins. **O acesso ao aborto legal no brasil sob a perspectiva da jurisprudência atual.** 2021. 27 f. Monografia (Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS), Goiânia – GO, 2021.

GARCIA, Maria. **Limites da ciência:** A dignidade da pessoa humana – a ética da responsabilidade. São Paulo: RT, 2004.

GITIRANA, Julia Heliodoro Souza. **Direitos e Garantias Individuais:** Vida. Curitiba, ESMAFE/PR, 06 maio 2024.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

GUBERT, Roberta Magalhães**. Mauerschützen (o caso dos atiradores do muro) e a pretensão de correção do direito na teoria de Robert Alexy**: aportes hermenêuticos ao debate acerca da relação entre direito e moral. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado; VIANA, Brisa Larissa Andrade. O Início da Vida: Uma Análise Ética e Jurídica a Partir da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Jurídica Cesumar** - Mestrado, [*S. l.*], v. 21, n. 1, p. 129–143, 2021. Disponível em: https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/8654. Acesso em: 30 abr. 2025.

KELSEN, Hans. **Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale.** Contributo per una dottrina pura del diritto. Milão: Giuffré Editore, 1989.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLATT, Matthias. Ponderando direitos e interesses: objeções à tese da assimetria de Frederick Schauer. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 17, n. 1, p. 1-28, mai. 2021. Disponível em: https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4495/2942. Acesso em: 15 abr. 2025.

MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida.** São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Denise Lopes Leal; ZUZA, Erika dos Santos. Rafinha Bastos: A repercussão de uma piada. **Inovcom**, [*S.l.*], v. 3, n. 1, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal:** Parte especial. v. 2. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NEIVA, Horacio. **Aula Pós-Graduação em Direito Constitucional e Administrativo.** [*S.l.*]: YouTube, Esa Piauí, 2021a. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=XPl1Gig6nU8. Acesso em: 11 abr. 2025.

NEIVA, Horacio. **Aula Pós-Graduação em Direito Constitucional e Administrativo, 01/08 Tarde**. [*S.l.*]: YouTube, Esa Piauí, 2021b. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=8cKyetsdFgg&t=7825s. Acesso em: 11 abr. 2025.

NEIVA, Horacio. **Aula Pós-Graduação em Direito Constitucional e Administrativo, 29/08 Manhã**. [*S.l.*]: YouTube, Esa Piauí, 2021c. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=iZaZmmhkcKM. Acesso em: 11 abr. 2025.

PEGORANO, Olinto A. A lagarta, a semente e o supremo. **Bioethikos**, Centro Universitário São Camilo, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 111-113, 2007. Disponível em: https://encr.pw/8e6HG. Acesso em: 30 abr. 2025.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo, 2014.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional**: as instituições do estado democrático e constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Editora Coimbra, 2009.

ROCHA, Renata. **O direito à vida e a pesquisa em células-tronco.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democratica**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Du Seuil, 2008.

SARLET, Ingo Wolfang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição.** Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SIECKMANN, Jan-R. Los derechos fundamentales como princípios. 2011. *In*: SIECKMANN, Jan-R. **La teoría principialista de los derechos fundamentales**. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011.

STEIN, Ernildo. Prefácio. *In*: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2025. E-book. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530995959/. Acesso em: 30 abr. 2025.

TOVAR, Alejandro Nava. A natureza do exame da proporcionalidade e os princípios formais. 2022. *In*: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; BOROWSKI, Martin. **O debate sobre a teoria dos princípios fundamentais de Robert Alexy.** São Paulo: Marcial Pons, 2022.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; BOROWSKI, Martin. Prefácio dos Organizadores. 2022. *In*: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; BOROWSKI, Martin. **O debate sobre a teoria dos princípios fundamentais de Robert Alexy.** São Paulo: Marcial Pons, 2022.

VARALLI, Janaina Thais Daniel. **A morte digna, direito fundamental.** 186 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: https://l1nq.com/kQsWC. Acesso em: 30 abr. 2025.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Hermenêutica e Constituição**: interpretação e aplicação. Curso de curta duração. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, 2023.

WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**: uma análise crítica da teoria jurídica. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais (REJUS), 6ª edição, 2024.

ISSN 2594-7702

WARAT, Luis Alberto. **Os quadrinhos puros do direito.** Ilustração por Gustavo Pérez Cabriada. Argentina: Associação Latinoamericana de Mediação, Metodologia e Ensino do Direito – ALMED, s.a. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7680435/mod_folder/content/0/Quadrinho. Acesso em: 24 abr. 2025.