Revista de Estudos Jurídicos e Sociais

4ª edição online
Cascavel, 2020

CONSELHO CONSULTIVO

Dra. Alessandra Mizuta de Brito – ULBRA –CANOAS/RS
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
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
Me. André Luiz Arnt Ramos – UFPR/PR
Dr. Antônio Augusto Bonatto Barcellos – SALAMANCA/ES
Me. Judith Aparecida de Souza Bedê – FAFIMAN/PR
Dr. Pery Saraiva Neto – PUC/RS
Me. Rafhael Lima Ribeiro – PUC/MG

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

4ª edição online
Cascavel, 2020

REVISORAS

Lygia Maria Copy e Alessandra Brustolin

COORDENADOR

Dr. Alexandre Barbosa da Silva – UFPR – UNIVEL/PR

EDITORA RESPONSÁVEL

Dra. Elizabet Leal da Silva – PUC/RS – UNIVEL/PR

CONSELHO EDITORIAL

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 – UniRitter/RS
Dr. Sebastião Patrício Mendes da Costa – UFPI/PI
Dr. Paulo Roberto Pegoraro Junior – UNIVEL/PR – PUC/RS
Mestre Lygia Maria Copy – UFPR – UNIVEL/PR
Especialista Alessandra Brustolin – UENP/UNIVEL/PR

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais. 4. ed., n.1, Nov. 2020 – Cascavel: REJUS, 2020.

Organização: Dr. Alexandre Barbosa da Silva, Dra. Elizabet Leal da Silva, Mestre Lygia Maria Copy e Especialista Alessandra Brustolin.
Revista do curso de Direito do Centro Universitário Univel. Av. Tito Muffato 2317, Santa Cruz, Cascavel – PR, CEP 85806-080.

ISSN 2238-9180
1. DIREITO

Bibliotecária – Tatiana Demichei Imperatori – CRB 9/1566

APRESENTAÇÃO

Caro leitor, a quarta edição da Revista de Estudos Jurídicos e Sociais da Univel, na versão online, passa a integrar também o Programa de Pós Graduação em Direito do Centro Universitário Univel. A presente edição oportuniza uma abordagem técnico-jurídica e uma série de elementos teóricos que ao longo de sua leitura oportunizará a realização de uma análise crítica sobre os diversos temas aqui contidos. Esta edição, assim como as anteriores, tem como finalidade oferecer ao leitor e pesquisador do Direito uma seleção de trabalhos qualificados, formando um conjunto informativo aos incansáveis estudiosos do mundo jurídico. Estão contemplados artigos doutrinários que trazem para a presente leitura aspectos que objetivam suscitar de alguma forma, uma reflexão sobre o cotidiano. O papel do Direito é fundamental na formação e construção de uma sociedade de diferentes, porém, com direitos iguais que devem ser respeitados.

Agradecemos a colaboração dos autores e de todo Conselho Editorial e Consultivo.

A você uma boa leitura.

Eduardo Lazarinni
Coordenador do Curso de Direito
Alexandre Barbosa da Silva
Coordenador PPGD- Univel e da REJUS
Elizabet Leal da Silva
Editora Responsável
Lygia Maria Copy e Alessandra Brustolin
Editoras Convidadas

SUMÁRIO

HIGIENIZAÇÃO SOCIAL E AFIRMAÇÃO DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA COMO SUJEITOS DE DIREITO

SOCIAL HYGIENIZATION AND THE AFFIRMATION OF PEOPLE IN STREET SITUATION AS LEGAL SUBJECTS
Luis Felipe Ferreira Medeiros; Sebastião Mendes da Costa.....**08**

ESTUDO ACERCA DA OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL LUSO-BRASILEIRA E A POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DO SISTEMA DE FISCALIZAÇÃO CONCRETA EM PORTUGAL

STUDY ABOUT THE LUSO-BRAZILIAN UNCONSTITUTIONAL LEGISLATIVE OMISSION AND THE POSSIBILITY OF INCLUSION OF A CONCRETE INSPECTION SYSTEM IN PORTUGAL
Paloma Marita Cavol Klee; Vinícius Wilder Zambiasi.....**29**

A IMPLEMENTAÇÃO DA AGENDA 2030 E O SEU REFLEXO NA EFETIVIDADE DE UMA INFRAESTRUTURA LOGÍSTICA NACIONAL SUSTENTÁVEL

THE IMPLEMENTATION OF AGENDA 2030 AND ITS REFLECTION ON THE EFFECTIVENESS OF A SUSTAINABLE NATIONAL LOGISTIC INFRASTRUCTURE
Paulo José Leite Farias; Leonardo Peter da Silva.....**46**

DIREITO DOS ANIMAIS: uma análise da necessidade da expansão da proteção jurídica em face da senciência animal e da dignidade animal

ANIMAL LAW: an analysis of the need to expand legal protection in the face of animal sentience and animal dignity
André Barbosa de Oliveira; Katia Rocha Salomão.....**65**

A UTILIZAÇÃO DA PEER INSTRUCTION NO ENSINO JURÍDICO: DA LITIGIOSIDADE À COOPERAÇÃO

THE USE OF PEER INSTRUCTION IN LEGAL TEACHING: FROM LITIGATION TO COOPERATION
Adriano da Silva Ribeiro Jessica Sério Miranda.....**86**

A IMPORTÂNCIA DA CIÊNCIA E DA TECNOLOGIA NO DESAFIO DA IMPLEMENTAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA REGIÃO AMAZÔNICA

THE IMPORTANCE OF SCIENCE AND TECHNOLOGY IN CHALLENGING THE IMPLEMENTATION OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT IN THE AMAZON REGION
Adriano Fernandes Ferreira; Mayara Rayanne Oliveira de Almeida; Carolina Postigo Silva.....**98**

A DIMENSÃO TECNOLÓGICA DA SUSTENTABILIDADE E A REGULAÇÃO SUSTENTÁVEL DAS TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS

THE TECHNOLOGICAL DIMENSION OF SUSTAINABILITY AND THE SUSTAINABLE REGULATION OF DISRUPTIVE TECHNOLOGIES
Cássio Bruno Castro Souza.....**112**

PRÁTICAS ABUSIVAS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO EM PERÍODO DE CALAMIDADE PÚBLICA

ABUSIVE PRACTICES IN CONSUMER RELATIONS IN THE PERIOD OF PUBLIC CALAMITY
Ana Laura Ribeiro Bizigato; Lucas Naif Caluri.....**127**

UNIÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO: ANÁLISE DAS DECISÕES DO STF SOB A ÓTICA DO CONSTITUCIONALISMO POPULAR

SAME-SEX PARTNERSHIP: A REVIEW ABOUT BRAZILIAN SUPREME COURT'S DECISIONS BY POPULAR CONSTUTIONALISM PERSPECTIVE
Jacqueline Lopes Pereira; Mariana Barsaglia Pimentel.....**146**

DIREITOS DA LIBERDADE ECONÔMICA NA GERAÇÃO COMPARTILHADA: aspectos jurídicos

RIGHTS OF ECONOMIC FREEDOM IN SHARED GENERATION: legal aspects
Fabriccio Steindorfer.....**162**

O QUE RESPONDER A MAFALDA? AS ÉTICAS ANTIGA, MODERNA E CONTEMPORÂNEA EM CONFRONTO

¿QUÉ RESPONDER A MAFALDA?
LA ÉTICA ANTIGUA, MODERNA Y CONTEMPORÁNEA ENFRENTADA
José Antonio Siqueira Pontes.....**176**

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROTEÇÃO DE SOFTWARES À LUZ DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

SOME CONSIDERATIONS ABOUT THE PROTECTION OF SOFTWARE IN THE LIGHT OF INTELLECTUAL PROPERTY
Rogerio Borba; Thaís Gomes da Silva.....**205**

HIGIENIZAÇÃO SOCIAL E AFIRMAÇÃO DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA COMO SUJEITOS DE DIREITO

SOCIAL HYGIENIZATION AND THE AFFIRMATION OF PEOPLE IN STREET SITUATION AS LEGAL SUBJECTS

Luis Felipe Ferreira Medeiros[1]
Sebastião Mendes da Costa[2]

RESUMO: O presente artigo tem como temática central a relação presente entre a violência vivenciada pelas pessoas em situação de rua não só em âmbito social, mas também em âmbito institucional através de intervenções públicas e do tratamento jurídico, inserindo esse segmento social dentro da discussão dos novos sujeitos de direito. O trabalho desenvolvido visa compreender a atual conjuntura social brasileira e analisar como o Direito, enquanto veículo de poder do Estado, contribui para que os moradores de rua não sejam beneficiados pelos direitos garantidos a todos os brasileiros indistintamente. Essa reflexão busca base no aumento da população sem moradia fixa no Brasil nos últimos anos e no consequente aumento de políticas públicas voltadas a esses indivíduos. A observação mais aprofundada do caráter desses atos revela, porém, que o governo pouco realiza em prol da garantia dos direitos básicos das pessoas em situação de rua.
Palavras-chave: Violência institucionalizada, População em situação de rua, Higienização social, Sujeitos de direito.

ABSTRACT: This article has as its central theme the relationship between the violence experienced by people living on the streets not only in the social sphere, but also in the institutional sphere through public interventions and legal treatment, inserting this social segment into the discussion of new legal subjects. The work developed aims to understand the current Brazilian social conjuncture and analyze the extent to how the Law, as a vehicle of State power, contributes to the homeless people does not be benefited from the rights guaranteed to all Brazilians without distinction. This reflection seeks a basis in the increase of the homeless population in Brazil in recent years and the consequent increase in public policies aimed at these individuals. A closer look at the character of these acts, however, reveals that the government does little to guarantee the basic rights of people on the streets.
Keywords: Institutionalized violence, Homeless population, Social hygienization, Legal subjects.

[1] Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Federal do Piauí. Coautor na obra *Sociologia Jurídica Co-Construída: Direito e Sociedade na Visão dos Acadêmicos*. Porto Alegre: Fi, 2019. Membro do grupo de estudos Co-construindo Direitos, coordenado pelo Prof. Dr. Sebastião Mendes da Costa. E-mail: luisfelipe.medeiros@ufpi.edu.br.
[2] Pós-doutor em Direito Civil e Filosofia do Direito pela Universidade de Augsburg, Alemanha. Doutor em Direito pela PUCRS. Professor dos cursos de graduação e mestrado em Direito da UFPI. E-mail: sebastiaocosta@ufpi.edu.br.

INTRODUÇÃO

A realidade das pessoas em situação de rua é um fato de bastante perceptível nos dias que correm. Contudo uma leva de políticas públicas implementadas nos últimos anos trouxe discussões mais intensas sobre o assunto. Muitos dos programas aplicados demostravam uma represália por parte do Estado brasileiro a esse segmento social, adotando políticas que podem ser consideradas higienistas (RODRIGUES, 2015).

Vários casos de remoção de pessoas em situação precária das ruas vieram à tona em grandes capitais brasileiras. Também surgiram muitas polêmicas envolvendo a *limpeza* das cidades-sede de dois megaeventos realizados no Brasil: a Copa do Mundo de Futebol de 2014 e as Olímpiadas de 2016 (CATRACA LIVRE, 2014; PEREIRA, 2016).

Assim, muitas dessas medidas governamentais tornaram-se foco de imensas críticas e de representação negativa por vários veículos midiáticos. Questionaram-se as ações dos governantes nacionais com a população em situação de rua. E a problemática dos moradores de rua demonstra as amplas dificuldades presentes na forma como a sociedade brasileira está estruturada.

Ademais, a perspectiva social contemporânea demonstra que o Brasil, aderindo ao modelo econômico do capitalismo, continuamente contribui para o desenvolvimento de um quadro que produz subjugados, social e pessoalmente, em uma fixação de estamentos que não permite mudanças significativas e positivas (SILVA, 2013). Desse modo, vive-se uma seletividade de caráter violento, que transpõe inclusive o campo do simbólico, sentido principalmente pelos menos favorecidos. Essa construção gera a degradação de direitos atribuídos a novos sujeitos que estão sendo reconhecidos juridicamente, mesmo que de forma ainda irrisória. E nesse meio também se encontram as pessoas em situação de rua.

O presente trabalho, a fim de analisar a problemática do destrato social e institucional com a população de rua, utilizou-se de forma mais assídua de informações oriundas de uma pesquisa em parte definida como pesquisa bibliográfica e em parte definida como pesquisa documental (GIL, 2002). Também se fez a junção de diferentes métodos: em termos de procedimento, destacou-se o uso do método histórico e, em termos de abordagem, o uso do método dialético (PRODANOV; FREITAS, 2013). O método histórico foi utilizado pela análise de acontecimentos passados na tentativa de fazer um traçado histórico da população de rua até os dias atuais. Já o método dialético foi utilizado pela tentativa de se estabelecer uma ligação entre passado e presente, buscando base no entendimento de que o objeto de estudo escolhido não pode ser desvinculado de determinadas conjunturas sociais, políticas e econômicas. Houve ainda a utilização específica da denominada metodologia jurídica através da análise jurisprudencial (BORTOLON; GOMES; CARVALHO, 2018).

Na divisão do artigo, o primeiro tópico aborda o fenômeno da população de rua no Brasil, dividindo-se em: 1) delineado sobre as origens e o desenvolvimento históricos desse segmento social no âmbito nacional e 2) caracterização contemporânea da população em situação de rua através da análise de dados estatísticos. O segundo tópico aborda especificamente a higienização social, com discussão a respeito de seus fundamentos e de seu percurso dentro do contexto brasileiro tanto como prática social quanto como política pública. O terceiro tópico aborda a identidade da pessoa em situação de

rua, também se dividindo em: 1) panorama sócio-jurídico dessa construção identitária e 2) análise da matéria constitucional e afirmação das pessoas em situação de rua como sujeitos de direito. O penúltimo tópico do trabalho aborda o tratamento jurisprudencial das pessoas em situação de rua, analisando decisões recentes envolvendo esse segmento para tentar avaliar qual o olhar e a influência do Poder Judiciário sobre essa seara. Por fim, as considerações.

1. POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA NO BRASIL

1.1. ORIGENS E TRAJETÓRIA HISTÓRICA EM ÂMBITO NACIONAL

Desde sua concepção colonial, o Brasil mostra uma configuração social extremamente elitizada e desigual. Uma das prováveis causas para tanto são as bases de desenvolvimento nas relações de exploração oriundas do regime capitalista sobre as quais a nação firmou-se. O regime escravocrata e patrimonialista desse período moldou a sociedade através de uma dominação excludente, transformando a relação colonizador e colonizado em uma severa diferenciação de classes (SALES, 1994 *apud* SIQUEIRA, 2009). A composição de classes existente no Brasil colonial, que tem seus reflexos até os tempos atuais, era bem heterogênea, formada por uma minoria branca de empreendedores e senhores da terra vinculados a Portugal e por uma grande massa de população escrava (SILVA *et. al*, 2011, *online*).

Pode-se considerar como relevante ponto de partida para análise o cenário brasileiro no período próximo ao final do século XIX. O país passava por grandes mudanças com a abolição da escravatura em 1888 e com a proclamação da República em 1889. Os negros libertos, porém, não dispunham de meios para uma efetiva melhoria de vida, o que forçou sua maioria ou a voltar para seus antigos *senhores* ou a sobreviver precariamente nas ruas e nas periferias das cidades. Como destaca Florestan Fernandes (2008, p. 29):

> A desagregação do regime escravocrata e senhorial se operou, no Brasil, sem que se cercasse a destituição dos antigos agentes de trabalho escravo de assistência e garantias que os protegessem na transição para o sistema de trabalho livre. Os senhores foram eximidos da responsabilidade pela manutenção e segurança dos libertos, sem que o Estado, a Igreja ou outra qualquer instituição assumissem encargos especiais, que tivessem por objeto prepará-los para a nova organização da vida e do trabalho. [...] Essas facetas da situação humana do antigo agente do trabalho escravo imprimiram à Abolição o caráter de uma espoliação extrema e cruel.

Ademais, houve uma onda de segregação social com as políticas de incentivo à imigração e com as campanhas sanitaristas para uma aparente modernização de cidades como São Paulo e Rio de Janeiro (FERREIRA, 2005). O estímulo ao povoamento europeu (que propiciava a principal fonte de mão-de-obra assalariada) no Sul e Sudeste expressava uma resposta às pressões feitas pela Inglaterra ao Brasil para o fim do mercado negreiro e uma consequente mudança na dinamicidade econômica então vigente, fatos que tiveram seu reforço com a aprovação da Lei de Terras logo após abolição da escravatura:

> A abundância de terras, a dificuldade para ocupá-las e a condição colocada para sua concessão de que elas se tornassem produtivas, tornavam a posse de escravos mais importante do que a da terra em si. Em suma, a riqueza dos poderosos era medida pelos seus escravos, que serviam – o que não era o caso da terra, antes de 1850 – até como objeto de hipoteca para a obtenção de empréstimos. [...] Está claro que, em meio a um processo político-econômico em que se restringia o sistema de escravidão, a Lei das Terras serviu para transferir o indicativo de poder e riqueza das elites de então: sua hegemonia não era mais medida pelo número de escravos, mas pela terra que possuía, agora convertida em mercadoria, e o trabalho assalariado podia então se expandir no Brasil, respondendo às pressões inglesas (FERREIRA, 2005, p.3).

Somado a isso, a colonização das novas terras dispostas pelo governo trazia consigo um caráter excludente, tendo a inutilização de determinados indivíduos como um de seus principais objetivos, a saber:

> a. A ocupação territorial, que descartou a população indígena e, na expansão para o planalto, uma parte da população nacional classificada como “cabocla”;
> b. A ocupação com imigrantes preferencialmente europeus, dada a conotação civilizatória e de progresso contida nas premissas da política imigratória;
> c. O desenvolvimento de uma agricultura de abastecimento, bem como das artes e dos ofícios, visando ao progresso industrial, implícitos na definição dos imigrantes ideais que deviam ser agricultores e artesãos (WOORTMANN, 1995, p. 136 *apud* COSTA, 2017, p. 90).

Esses fatores não só dificultavam o acesso ao trabalho por ex-escravos como favoreciam um aumento no número de pessoas em condições de miséria. A população urbana condensava-se cada vez mais e as cidades reconfiguravam seus espaços em um processo incipiente de gentrificação[3]. Os moradores de condições mais precárias deslocavam-se das *zonas francas* para outras regiões, onde construíam conjuntos formados por habitações insalubres, os chamados cortiços. Devido às péssimas condições de vida desses lugares, os cortiços transformavam-se em polos de doenças e outros males, o que preocupava os governantes locais. Esses muitas vezes promoviam ações públicas para a *limpeza geral* dos cortiços e sistematicamente expulsavam a população pobre, à qual, sem moradia, só restava ir para as ruas e contar com a sorte.

Posteriormente, com o alavanque da indústria nacional a partir do início do século XX, deu-se a elevação do êxodo rural para localidades urbanas bem como a intensificação das migrações inter-regionais de eixo Norte/Nordeste – Sul/Sudeste, fenômenos que tornaram ainda mais complicada a ocupação

[3] Palavra que deriva de *gentry*, expressão inglesa que designa pessoas ricas, ligadas à nobreza. Surgiu nos anos 60, em Londres, quando vários *gentriers* migraram para um bairro que abrigava a classe trabalhadora. Este movimento disparou o preço imobiliário do lugar, acabando por *expulsar* os antigos moradores para acomodar os novos *grandes proprietários*. A gentrificação seria, assim, um processo de elitização de uma área urbana, gerando verdadeira segregação espacial.

urbana, que nesse momento era fortemente controlado pela iniciativa privada. Explica Ferreira (2005, p.11):

> Assim, esse período presenciou pela primeira vez os efeitos de uma crescente migração rural-urbana, de uma importante massa vinda do Nordeste para o Sul em busca dos sonhados empregos industriais. Embora esse processo fosse realmente intensificar-se somente algumas décadas depois, nos anos 50/60, o fato é que tal dinâmica elevou o problema da provisão habitacional para a massa operária a patamares em que o mercado não tinha mais condições de – ou sobretudo interesse em – enfrentar.

Ferreira também menciona o problema que se desenvolveu no início do decênio de 1950 no governo de Juscelino Kubitschek com a dicotomia: industrialização com baixos salários e elevação dos custos habitacionais. Dessarte, houve o aparecimento de favelas em várias cidades e o consequente aumento das pessoas que ocupavam as ruas. Assim, o *inchaço* das cidades também correspondeu a um novo *inchaço* das ruas, dimensionando a população em situação de rua em aspectos para além do estigma racial e atingindo também as classes média e baixa.

É possível notar aí uma uniformização da população em situação de rua, apesar da sua heterogeneidade, e sua efetivação enquanto segmento social particularizado. Segundo Melo (2011 *apud* GOMES; SANTOS, 2012, p. 452), "o surgimento do que se designou 'população em situação de rua' como um segmento forte remonta às revoluções industriais da modernidade". Porém o decorrer cronológico não providenciou resolução a esse problema, já que o Brasil passou por governos conturbados e uma ditadura militar bastante repressiva, gestões essas que praticamente não desenvolveram nenhuma preocupação com a população em situação de rua. Somente após a redemocratização do país houve um pequeno vislumbre de mudanças.

1.2. CARACTERIZAÇÃO CONTEMPORÂNEA VIA LEVANTAMENTO DE DADOS

A caracterização da população em situação de rua no Brasil na contemporaneidade encontra empecilhos devido à falta de pesquisas para o levantamento de dados sobre a temática. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), principal órgão de levantamentos estatísticos em âmbito nacional e a maior fonte de dados oficiais do país, por exemplo, não dispõe de um programa de contagem e classificação dos moradores de rua. Essa situação deve-se muito pelo fato de os dados censitários coletados pelo IBGE basearem-se no registro de dados domiciliares, o que não fornece uma boa captação das pessoas que não usufruem de condições de habitação adequadas (KOTHARI, 2005 *apud* IPEA, 2016, p. 7).

Existe apenas uma única pesquisa ampla sobre a população em situação de rua no Brasil, que foi realizada entre 2007 e 2008 pelo Ministério do Desenvolvimento Social, e que, ainda assim, não atingiu todo o território nacional. Essa foi a *Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua* (BRASIL, 2009), cujo levantamento abrangeu um total de 71 cidades brasileiras, das quais 48 eram municípios com mais de 300 mil habitantes e 23 eram capitais. Foram identificadas 31.922 pessoas maiores de 18 anos em situação de rua.

Desse total, 82% eram formados por homens, cerca de 53% possuíam entre 25 e 44 anos, 39,1% se declararam pardos, 29,5% se declaram brancos e 27,9% se declaram negros. Sobre a formação escolar, 63,5% não concluíram o primeiro grau, 17,1% não sabiam ler e escrever e 8,3% apenas assinavam o próprio nome. No que tange à trajetória até a rua, 35,5% alegaram ser o alcoolismo e/ou drogas o motivo de terem ido para as ruas, 29,8% alegaram ser o desemprego e 29,1% alegaram ser desavenças familiares, sendo que 71,3% citaram pelo menos uma dessas causas em correlação.

Em se tratando de trabalho e renda, 70,9% exerciam alguma atividade remunerada e 58,6% afirmaram ter alguma profissão. Desse total, apenas 1,9% mencionaram trabalhar com carteira assinada. Quanto às condições de alimentação, saúde e higiene, 79,6% conseguiam fazer ao menos uma refeição por dia e 19% não conseguiam fazer refeições todos os dias. Das pessoas que pediam dinheiro para sobreviver, 31,3% não se alimentavam todos os dias. Quanto à higiene, 32,6% afirmaram usar as ruas como lugar de banho, 31,4% afirmaram usar albergues/abrigos, 14,2% afirmaram usar banheiros públicos e 5,2% afirmaram usar a casa de parentes ou amigos.

O levantamento amplo mais recente sobre a população em situação de rua é de 2016: o *Texto para discussão 2246* (IPEA, 2016), realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Ele possui caráter mais estimativo devido à falta de dados disponíveis já comentada. Foram então utilizados dados base extraídos do Cadastro Único para Programas Sociais, que abrange todos os municípios brasileiros e do Censo SUAS de 2015, que reuniu dados levantados a nível municipal no período, utilizando-se de informações relevantes de anos anteriores quando algum município deixou informação em branco. A estimativa tem caráter puramente quantificativo, não fazendo aferições socioeconômicas aprofundadas.

Pelo Cadastro Único foram registradas 48.351 pessoas em situação de rua e pelos 117 municípios que realizaram pesquisas foram registradas 35.805 pessoas. O somatório dos municípios que realizaram pesquisas com os que fizeram levantamento através da própria equipe municipal resultou em 1.924 municípios que informaram população de rua total de 85.040 pessoas. Disso se extraiu que a totalidade dos municípios referenciados continha 69,2% da população de todo o Brasil.

Usando-se variável dependente para projetar uma estimativa corresponde a todos os municípios brasileiros, incluindo aqueles sem estimativas, chegou-se ao número final de 122.890 pessoas em situação de rua por todo o território nacional. A grande conclusão desenvolvida no texto da estimativa do Ipea é a de que a quantidade de habitantes nas cidades é o fator mais preponderante: quanto maior o município, maior a tendência a ter moradores de rua. A previsão de melhora no levantamento e organização dos dados referentes às pessoas em situação de rua dá-se com a solicitação do Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento Nacional para a População em Situação de Rua (Ciamp-Rua) ao IBGE para a inclusão da população de rua no Censo 2020 (IPEA, 2016, p. 8).

2. HIGIENIZAÇÃO SOCIAL: ORIGENS E DESENVOLVIMENTO NO BRASIL

A ideia de higienização social surge de uma concepção da sociedade como uma espécie de *corpo social*. Nesse sentido, o *corpo* precisa manter-se

constantemente *limpo* para que possa evitar possíveis *doenças*. O governo assume o papel de *higienizador* através do uso do ordenamento jurídico, pelo qual “serão aplicadas receitas terapêuticas como a eliminação dos doentes, o controle dos contagiosos, a exclusão dos delinquentes. [...] a exclusão dos ‘degenerados’” (FOUCAULT, 1979, p. 145).

Essa ideia também pode ser associada a uma espécie de *moralidade transcendente*, que relaciona o espaço público a um ambiente sacro que precisa ser protegido, como expõe Douglas (1991, p. 10):

> Para nós os objetos e os lugares sagrados devem ser protegidos das impurezas. O sagrado e o impuro são polos opostos. Não podemos confundi-los como não poderíamos confundir a fome com a saciedade, o sono com a vigília [...].

Dessa forma, instaura-se uma completa segregação social, e o Estado passa a violentamente desumanizar indivíduos considerados *imundície*. Ao introduzir o funcionamento da política higienista, destaca também Rodrigues (2015, p. 94):

> A política higienista, no tema examinado, é a que tem como pressuposto a percepção do morador de rua como lixo, entulho ou detrito que precisa ser eliminado para a limpeza da sociedade. No Brasil, ela está ancorada em profundas raízes sociais de ordem histórica e política; torna-se notória, no entanto, no estado do Rio de Janeiro com as medidas sanitaristas de eliminação dos cortiços do centro da cidade e de medidas de *profilaxia social* (grifo do autor).

Conforme a referência anterior de Rodrigues, é possível definir como o principal marco das políticas higienistas no Brasil o episódio da Revolta da Vacina, ocorrido em 1904 na cidade do Rio de Janeiro. Na época, o país encontrava-se sob comando de Rodrigues Alves, eleito em 1902, e que já havia definido como uma de suas prioridades o saneamento e a revitalização da cidade do Rio de Janeiro, capital nacional naquele período. Desse modo, aplicaram-se algumas ações:

> O prefeito Pereira Passos, do Rio de Janeiro, pôs em prática o chamado “bota-abaixo”, promovendo a derrubada de casarões e cortiços que, supostamente, eram os principais focos de infecção. O governo passou ainda a pagar à população pela captura de ratos, convencido de que estes eram os principais transmissores de doenças; espalhou policiais sanitários pelas ruas cariocas, removendo lixo e aplicando raticidas. A peste bubônica e a febre amarela foram controladas, mas a varíola resistiu à política de saneamento, e assim a lei da vacinação obrigatória foi instituída, de maneira autoritária e contrariando a vontade popular, em 31 de outubro de 1904 (CRESCÊNCIO, 2008, p. 60-61).

Também nesse ínterim, ganha força a ideia do modernismo associado às grandes cidades, especialmente no Rio de Janeiro e em São Paulo, que constituíam polos da economia agroexportadora e da industrialização no Brasil (FERREIRA, 2005, p. 5). Essas cidades não poderiam expressar o atraso

nacional frente aos avanços modernistas empreendidos pela Europa naquele período, o que incitava ações governamentais a criar cidades aos moldes estéticos europeus, tirando da vista das elites e dos estrangeiros os considerados *incômodo* e propiciando cidades *para inglês ver* (RIBEIRO; CARDOSO, 1981 *apud* FERREIRA, 2005). Um grande projeto urbanístico que serviu de inspiração para os modelos adotados nas grandes cidades brasileiras na transição do século XIX para o século XX foi o de Paris, o qual já tinha como intrínseco o seguimento de uma lógica de classes, perpetuando o poderio das elites através da disposição dos espaços urbanos e do controle de sua ocupação. Segundo Sobrinho (2013, p. 217):

> É importante que se atente para o projeto urbanístico de Paris e a ideia de modernidade como espaço da modificação da paisagem urbana. Guardadas as devidas proporções de tempo e espaço histórico, esses aspectos trazem indícios parta uma análise acerca do pensamento de nossa elite, que se inspirou no modelo de ideal de modernidade concebido fora e copiado para os trópicos: a negação dos pobres, a higienização dos espaços públicos e o sonho de limpeza e disciplinamento das condições de vida dos mais pobres.

Vale ressaltar que essas implementações não correram somente nas cidades de Rio de Janeiro e São Paulo, mas se constituíram como uma verdadeira tendência a âmbito nacional, perpetrando-se por outras cidades consideradas de grande porte já naquele período:

> Tais planos urbanísticos, que ficaram conhecidos como de Melhoramentos e Embelezamento, repetiram também em São Paulo essa mesma lógica, assim como em muitas outras cidades brasileiras, como Curitiba, Porto Alegre, Santos, Manaus, Belém. Amparadas na preocupação de higienização dos bairros mais pobres, onde se verificava uma relação direta entre insalubridade e doenças como a febre amarela, entre outras, as intervenções da época aproveitavam tal justificativa para pouco a pouco promover a expulsão da população mais pobre das áreas centrais e renovar esses bairros com novos padrões de ocupação (FERREIRA, 2005, p. 8).

Posteriormente o processo de higienização social foi sendo revigorado com as diversas políticas habitacionais postas em prática ao longo dos anos no Brasil. Desde a implementação, a partir da década de 1950, da *urbanização com baixos salários*, que corresponde à formação de bairros periféricos de baixa-renda praticamente abandonados pelo Estado, até a criação do Sistema Financeiro de Habitação, que investiu verba pública na construção de várias habitações populares de infraestrutura precária aliada à acumulação privada de setores ligados à produção habitacional e que ganhou força nos governos pós-1964 (FERREIRA, 2005, p. 11).

Outro episódio que serve de referência para as ações públicas de caráter higienista, ligado mais fundamentalmente a uma ideia de *medicina social* (FOUCAULT, 1979), com a premissa do tratamento de *loucos*, é o do Hospital Colônia de Barbacena, em Minas Gerais, o maior manicômio do Brasil. Fundada em 1903 e transformada em 1980 em Centro Hospital Psiquiátrico, essa

instituição resguardou um histórico de 80 anos de eliminação massiva de pessoas, levadas até lá para suposto tratamento de problemas de ordem psíquica. No entanto, o hospício converteu-se em um campo de concentração aos antigos moldes nazistas, causando a morte de milhares de pessoas consideradas *indesejáveis* e que em sua maioria não tinham doenças psiquiátricas. Era a caracterização de um verdadeiro crime humanitário, como evidencia Henriques (2014, *online*):

> Segundo as estimativas, houve 60 mil mortes às mãos deste hospício, e a maioria dos internados nem sequer tinha diagnóstico de doença mental, eram deserdados sociais: prostitutas, homossexuais, epilépticos…. Durante onze anos, 1853 corpos de pacientes foram vendidos a 17 faculdades de medicina, e pelo menos 30 bebés foram roubados às suas mães [...].

O caso foi sistematicamente abafado pelo governo e só veio à tona no ano de 2013, com o trabalho investigativo da jornalista Daniela Arbex, que resultou no livro *Holocausto Brasileiro: Vida, genocídio e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil*. A publicação ilustrou as profundas raízes higienistas no país e mostrou uma cultura de violência que ainda se propaga, como fala a própria jornalista em entrevista concedida ao portal Ípsilon. Comenta Daniela Arbex:

> Essa é uma história que faz a gente pensar em como a omissão gera a barbárie. Se você finge que não vê, e a gente finge que não vê todos os dias, está contribuindo para a barbárie. A violência, a cultura de limpeza social ainda é fortíssima no Brasil: tirar das ruas tudo o que incomoda, que considera escória, que não considera gente. Um assassinato de uma criança pobre não comove o Brasil, mas o Brasil para com o assassinato de uma criança da classe média-alta. A ideia de que tem vidas que valem mais que as outras é muito forte no Brasil. O que sustentou a existência desse hospital por oito décadas foi essa cultura, essa indiferença (HENRIQUES, 2014, *online*).

Alguns dos mais recentes casos de intervenções públicas voltadas à população em situação de rua no Brasil constituíram-se como verdadeiras *faxinas sociais*. Assim demonstram algumas notícias veiculadas nos últimos anos: a desapropriação de moradias e a remoção de moradores de rua com a celebração da Copa do Mundo no Brasil em 2014 (CATRACA LIVRE, 2014) e dos Jogos Olímpicos no Rio de Janeiro em 2016 (PEREIRA, 2016); as ações policiais movidas em bairros marcados pela pobreza e drogadição, como a Cracolândia paulista (MELLO, 2017); e até anúncios de autoridades públicas para a retirada de moradores de rua a fim de que as demais pessoas desfrutem de passeios em praças (GAÚCHAZH, 2019).

Assim, o governo empreende campanhas de eliminação dos miseráveis ao invés de reparas as falhas em sua estruturação que são responsáveis pelo fenômeno da população em situação de rua. Em última instância, para amenização dos ânimos e ocultação do trabalho insatisfatório, o Estado brasileiro promove um conjunto de medidas assistenciais, como a distribuição de refeições e construção de albergues, que não são capazes de reverter efetivamente o quadro de precariedade em questão (RODRIGUES, 2015).

3. ANÁLISE DA IDENTIDADE DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

3.1. PERFIL SÓCIO-JURÍDICO CONSTRUÍDO

É possível notar que a preocupação do Poder Público com o fenômeno dos moradores de rua é apenas recente. A atenção direcionada à população de rua mostra-se ainda muita idealizada no país, o que acaba refletindo-se também na montagem do aparato legal. O Brasil figura como uma nação capitalista e, por isso, não deixa de obedecer a uma lógica de classes. As ideias preponderantes são vinculadas aos interesses de uma classe dominante, que se revestem como interesses coletivos para caracterizarem-se como universais e irrevogáveis (MARX; ENGELS, 1998).

Já que a elite enxerga a população de rua como um mal, como uma classe que não atingiu os objetivos sociais (estabilidade de vida e inserção no mercado de trabalho), o reconhecimento dessa parcela não é efetivado. A ênfase de uma lógica meritocrática, em que o sucesso é atingido pelo esforço individual, repercute na reputação das pessoas em situação de rua. Institui-se o paradigma do trabalho como um valor absoluto na sociedade brasileira. É a máxima da profissão que caracteriza a *ética social* vigente (WEBER, 2004). Somado a isso, as pessoas que fazem da rua sua moradia são interpretadas como incômodo, uma vez que há um grande "engessamento de categoria ao tratar o morador de rua como uma condição irreversível e, portanto, é fatalista dada a sua inexorabilidade" (RODRIGUES, 2015, p. 15).

A estagnação atribuída ao morador fomenta a criação de vários arquétipos, que pouco a pouco são naturalizados e contribuem para uma desumanização incorporada como verdadeira pelos indivíduos a que se dirige (MATTOS, 2004 *apud* GOMES; SANTOS, 2012, p. 458). Dessa forma, a identidade social da população em situação de rua fica indissociável de um processo contínuo de demarcações simbólicas, de classificações que traçam localizações sociais determinadas e que acabam por tornar justificável para o próprio morador de rua a opressão e exclusão a que é submetido.

O Brasil apresentou e ainda apresenta muitas dificuldades na construção de uma identidade jurídica para atender a população em situação de rua. E é na formalidade do Direito que o Estado encontra bases para a intervenção social. Contudo, como Gomes e Santos (2012) afirmam que, durante a maior parte da história brasileira, o fenômeno dos moradores de rua foi criminalizado como mendicância e vadiagem. Nesse quesito, a própria divisão desigual dos recursos, que resulta na acentuação das diferenças entre ricos e pobres, reforça os preconceitos, auxiliada pela popularização de termos como *mendigo* e *vagabundo*, que disseminam uma criminalização da pobreza (MOVIMENTO NACIONAL DA POPULAÇÃO DE RUA, 2010).

Como mencionado pela Cartilha, também se faz importante uma análise do papel desempenhado pela mídia nessa dinâmica de construção da "realidade". Os meios de comunicação frequentemente dão enfoque à ideia do risco na retratação de determinadas figuras sociais, corroborando a imagem de uma espécie de "inimigo político" e fundamentando a associação desse "vilão" a ações combativas, a fim de promover segurança. Segundo Torraca e De Giorgi (2016, p. 38):

> Risco se conecta com a temporalização da realidade. Ao afirmar que o risco existe, a linguagem produz a realidade e a construção ganha forma através das imagens narradas pela grande mídia, reverberadas por parte da mídia digital, numa tradução do risco como fundamentação para as ações repressivas. (...) O discurso revela a construção do inimigo político e a necessidade de controlar este *outro*. Mas não é a ânsia de controlar que potencializa o próprio risco, que gera a multiplicidade do *risco*? (grifos dos autores).

Essa conjuntura contribuiu inclusive para uma construção jurídica negativa do morador de rua ao longo do tempo, o que pode ser demonstrado pela existência da tipificação da mendicância no sistema penal brasileiro com a Lei de Contravenções Penais, vigente desde 1942 e que trazia em seu texto original a seguinte previsão:

> Art. 60. Mendigar, por ociosidade ou cupidez:
> Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.
> Parágrafo único. Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se a contravenção é praticada:
> a) de modo vexatório, ameaçador ou fraudulento;
> b) mediante simulação de moléstia ou deformidade;
> c) em companhia de alienado ou menor de dezoito anos (BRASIL, 1941, *online*).

O artigo supracitado da lei só veio a ser revogado há alguns anos, com a Lei nº 11.983, de 2009. Contudo é possível ressaltar que a mesma lei ainda apresenta disposições que se abrem para um possível enquadramento criminoso das pessoas em situação de rua. O art. 59 da Lei de Contravenções Penais, que não foi revogado, determina que a entrega habitual à ociosidade, sem renda que assegure a subsistência, ou o provimento de subsistência através de práticas ilícitas configuram-se como crime (BRASIL, 1941).

Vale ressaltar, por fim, que toda essa concepção do perfil da população em situação de rua carrega implicitamente uma caracterização enquanto coletivo, indicando um possível sentimento de pertencimento aos seus membros. Entretanto esse raciocínio mostra-se refutável na medida que atribui ao morador de rua uma autonomia de consciência que ele não tem, um poder de escolha que inexiste. Isso não significa que os moradores de rua escapem desse agrupamento, que é muito mais extrínseco do que intrínseco, dotado de força coercitiva e indiferente à vontade dos indivíduos. Como avalia Durkheim (2007, p. 9):

> Mas, dirão, um fenômeno só pode ser coletivo se for comum a todos os membros da sociedade ou, pelo menos, à maior parte deles, portanto, se for geral. Certamente, mas, se ele é geral, é porque é coletivo (isto é, mais ou menos obrigatório), o que é bem diferente de ser coletivo por ser geral. Esse fenômeno é um estado de grupo, que se repete aos indivíduos porque se impõe a eles. Ele está em cada parte porque está no todo, o que é diferente de estar no todo por estar em partes.

3.2. UMA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL: OS MORADORES DE RUA ENQUANTO SUJEITOS DE DIREITO

Como explicitado no tópico anterior, a definição de uma identidade para a população em situação de rua inevitavelmente passa por uma estigmatização normativa negativa, que implicitamente coloca esse segmento como antro de *sujeitos criminosos*, *inimigos sociais*, entre outros. Essa perspectiva se contrapõe com o *mito da invisibilidade* tradicionalmente atribuído ao morador de rua, como aponta Rodrigues (2015). O autor denomina-o de mito porque se por um lado a população de rua é *invisível* para o reconhecimento das violações que sofre, por outro ela se mostra extremamente *visível* para o controle penal, repressão e punição. Chega-se, então, a uma *visibilidade eletiva* (RODRIGUES, 2015).

O que essa conjuntura esconde, no entanto, é o reconhecimento positivo que o ordenamento brasileiro confere à população de rua, atribuindo-lhe a condição de sujeito de direito, dentro de uma perspectiva de identidade constitucional. A identidade constitucional segue a lógica de ser um construto mutável, que tem de levar em conta as diversas identidades que lhe fazem oposição, como as identidades étnica, religiosa, cultural, etc. Processo que se coaduna com a própria dinamicidade da Constituição, como afirma Rosenfeld (2003, p. 23): “Sobretudo no contexto de uma constituição viva, de uma *living constitution*, a identidade constitucional é produto de um processo dinâmico sempre aberto à maior elaboração e à revisão.” E a formulação da identidade constitucional de forma separada depende de um equilíbrio entre absorção e rejeição das demais identidades.

Embora haja essa indefinição primária e uma abertura conceitual na elaboração da identidade do sujeito constitucional, observa-se seu desenvolvimento como uma figura de afirmação de valores coletivos, determinados por um *nós*, que têm força vinculante própria, transpondo a simples moral para a formação de uma consciência jurídica (SOUZA, 2011).

Dessa forma, o sujeito constitucional pode ser traduzido, em um sentido mais amplo e generalizado, como um sujeito detentor de direitos fundamentais, que devem ser protegidos e garantidos pelo Estado através da Constituição. Pertinente a discussão é também a consideração da identidade constitucional pátria contemporânea, que tem como pilares os ideais da liberdade, da justiça e da solidariedade, de acordo com o disposto no art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988 (SOUZA, 2011).

É verídico que o usufruto de direitos, embora proporcionado incialmente pelos diplomas normativos, em muitos casos depende de movimento ativo dos sujeitos detentores de direito. Ou seja, a afirmação de direitos também é, em seu âmago, luta por reconhecimento. Esse embate, de essência política, fundamenta-se “na necessidade de que o povo, como sujeito de dominação, [...] deva participar da elaboração das prescrições civilizatórias do Estado [...] (SOUZA, 2011, p. 5). Portanto, a efetividade dos direitos está associada a uma expressão cidadã intervencionista da coletividade. Segundo Habermas (2002, p. 230):

> [...] é preciso que se possam entender tanto o processamento institucionalizado dos problemas que se apresentam quanto a mediação dos respectivos interesses, regrada segundo procedimentos claros, como efetivação de um sistema de direitos. Mas nas arenas políticas, quem se defronta são os

> agentes coletivos, que discutem sobre objetivos coletivos e acerca da distribuição de bens coletivos.

A população de rua costuma não apresentar uma identidade coletiva abraçada por seus membros e ainda não desenvolveu uma consciência jurídica definida, o que dificulta sua afirmação como classe, quanto mais como movimento de luta. Paulatinamente essa situação transforma-se com iniciativas que contam com o vínculo solidário de agentes que não vivenciam a situação de rua, mas que se solidarizam com a causa. Nessa perspectiva, surgiram o Movimento Nacional da População de Rua (MNPR), em 2004, e o Centro Nacional de Defesa dos Direitos Humanos da População em Situação de Rua e dos Catadores de Materiais Recicláveis (CNDDH), que protagonizam a defesa dos direitos da população de rua no Brasil.

A presença desses novos atores, que tentam mobilizar os moradores de ruas como sujeitos pela promoção de uma identidade coletiva e pelo seu desenvolvimento enquanto movimento social e político ativo, cria mudanças estruturais significativas. O reconhecimento do segmento, então, não passa mais por um levante de pessoas consideradas individualmente e são abertos novos espaços jurídicos. É o que ressalta Sousa Júnior (2008, p. 270) na sua formulação do *sujeito coletivo de direito*:

> A partir da constatação derivada dos estudos acerca dos chamados novos movimentos sociais, desenvolveu-se a percepção, primeiramente elaborada pela literatura sociológica, de que o conjunto das formas de mobilização e organização das classes populares e das configurações de classes constituídas nesses movimentos instaurava, efetivamente, práticas políticas em condições de abrir espaços sociais inéditos e de revelar novos atores na cena política capazes de criar direitos.

A partir dessa análise, faz-se pertinente a classificação dos movimentos para a população de rua como expressões de um novo sujeito coletivo de direito, que tenta dar seus primeiros passos na participação democrática. Outras reflexões sobre o tema também ganham sua relevância, principalmente a reflexão sobre quais são os direitos da população em situação de rua e quais são as normas que determinam esses direitos. Uma observação cuidadosa revela três principais campos normativos de incidência: os tratados internacionais de direitos humanos, as normas constitucionais e as normas infraconstitucionais.

Os tratados de direito internacional mostram-se importantes em circunstância das suas normas de conteúdo *ius cogens*[4], reproduzindo o espírito da cooperação internacional na efetivação de direitos considerados fundamentais a todo Estado-Nação. Mas é necessária a interpelação de que o direito internacional e o direito interno são ordens jurídicas distintas, sendo que a vigência das normas internacionais só se opera dentro de um país com a incorporação e efetivação dessas pela legislação nacional (PIOVESAN, 2016 *apud* CASTILHO; ODOROSSI, 2016). A Constituição Federal brasileira, no art.

[4] Pode-se dizer que *ius cogens* é a encarnação jurídica da consciência moral da sociedade internacional. O artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados define *ius cogens* como o conjunto de normas imperativas do direito internacional estabelecidas pela comunidade internacional como um todo.

5º, §2º, prevê a incorporação de tratados internacionais no ordenamento nacional:

> Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: §2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1988, *online*).

Alguns dos principais tratados de direito internacional que têm incidência direta ou indireta sobre a população em situação de rua que podem ser mencionados são a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948; o Pacto internacional sobre direitos civis e políticos; o Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965), dentre outros (DA ROCHA; CORONA, 2015).

Já em se tratando do âmbito constitucional, são diversos os direitos referentes à população de rua. Os principais são destacados na *Cartilha para Formação Política* (MOVIMENTO NACIONAL DA POPULAÇÃO DE RUA, 2010) confeccionada pelo MNPR: a) direito à dignidade humana; b) direitos individuais e coletivos como o direito de ir e vir, a liberdade de expressão, etc.; c) direitos sociais, econômicos e culturais como o direito à alimentação, à saúde, à educação, ao trabalho, à previdência, etc.; e d) direito à cidade sustentável e democrática. Esses direitos encontram-se em sua maioria concentrados nos Títulos I (Dos Princípios Fundamentais) e II (Dos Direitos e Garantia Fundamentais) da Constituição e também estão dispersos pelo resto do texto constitucional.

Quanto às normas infraconstitucionais, também são diversos os dispositivos que regulamentam direitos para a população em situação de rua. Avultam-se a Lei Orgânica da Assistência Social (LOA) e a Política Nacional de Assistência Social (2004); o Decreto nº 7.053/2009, que institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua; a Portaria n° 3.305/09, que instituiu o Comitê Técnico de Saúde da População em Situação de Rua; a Política Nacional de Atenção Básica 29, que institui os “Consultórios de Rua”; entre outras (DA ROCHA; CORONA, 2015).

A Cartilha do MNPR também orienta para a existência de um direito de caráter mais concreto: o direito às políticas públicas. E um dos grandes obstáculos na implementação dessas políticas, que já foi mencionado anteriormente, é a falta de dados oficiais sobre a população em situação de rua no Brasil, o que barra grande parte das ações legais que poderiam mediar a situação desse segmento social (IPEA, 2016).

Porém a incongruência entre lei e caso concreto gera uma reflexão sobre quais as diretrizes que de fato materializam-se e onde se encontram a defesa pelos Direitos Humanos, dos quais o Brasil é signatário, e o zelo pelos direitos garantidos constitucionalmente às pessoas em situação de rua.

4. O TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

Uma análise importante é a dirigida para o tratamento concedido pelo Poder Judiciário à população em situação de rua uma vez que esse é poder responsável por dar expressividade às normas através das interpretações de seus magistrados, formando jurisprudência para o ordenamento brasileiro. Optou-se pela observação de decisões de três órgãos de instâncias judicantes diferentes: o Supremo Tribunal Federal (STF), órgão máximo do Judiciário e tido como principal guardião constitucional; o Superior Tribunal de Justiça (STJ), órgão superior que representa a última instância da Justiça para as causas infraconstitucionais; e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), importante órgão da Justiça comum e de atuação ampla.

A primeira decisão refere-se ao Recurso Extraordinário 447064/SP. O recurso trata de ação civil pública promovida em 2010 pelo Ministério Público do Estado de São Paulo para implementação de políticas públicas a fim de efetivar programas voltados a moradores de rua, com enfoque na ampliação de vagas nos albergues do município de São Paulo. E nele é evidente o reconhecimento de direitos à população de rua, reforçando sua condição de sujeitos de direito. Na decisão proferida afirma-se:

> Assim concluíram o juiz e o tribunal a quo: '... o serviço público, notadamente aqueles considerados essenciais, como a saúde e a assistência social, devem estar à disposição da população em condições de suficiência e adequação, o que não se verifica na hipótese dos autos, onde a insuficiência de vagas nos albergues existentes para atender a totalidade da população de rua que dele necessita é manifesta [...].'[5] (BRASIL, 2010, *online*).

A segunda decisão refere-se ao Habeas Corpus 441991 SP 2018/0065501-1. O *habeas corpus* teve natureza coletiva e preventiva e foi impetrado em 2018 contra o prefeito do município de Jundiaí, em favor das pessoas em situação de rua e por conta de lei municipal considerada inconstitucional. O ministro Francisco Falcão, que ficou responsável pelo processo, considerou-se incompetente para julgar o caso, o que não permite a avaliação de um posicionamento. Porém houve comentários sobre as violações propiciadas pela lei municipal de Jundiaí alegadas na seara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou o seguimento da impetração:

> Afirma-se que a referida contém ordens inconstitucionais, ilegais e abusivas ao condicionar apresentações artísticas e culturais em via e espaços públicos, requerendo (fl.40): i) não seja procedida busca pessoal em seus pertences pessoais no caso de não haver fundado receio de porte de arma ou de objetos criminosos ou ilícitos; ii) não sejam os pacientes impedidos de permanecerem em local público em que se encontram em virtude do simples fato de estarem pedindo esmola ou auxílio por apresentação artística ou circense ou afim; por estarem realizando a venda de produto do seu trabalho manual (artesanato ou bens afins) ou por estarem prestando serviços manuais de limpeza de vidro de veículos ou serviços afins; iii) não sejam presos simplesmente para serem encaminhados ao distrito policial para a realização de identificação civil (prisão

[5] Acórdão publicado em 11 de maio de 2010.

> para averiguação) em virtude do exercício do direito de autodefesa e direito ao silêncio [...][6] (BRASIL, 2018, *online*).

A terceira decisão refere-se Agravo de Instrumento nº 5012439.2018.4.04.0000/RS. O recurso diz respeito a uma ação civil movida em favor de um morador de rua para concessão de justiça gratuita e para a promoção de tutela antecipada de subvenção econômica ou concessão de registro em programa habitacional. O desembargador responsável pelo caso indeferiu os pedidos de pagamento em dinheiro e concessão de registro em programa habitacional para enfatizar que as políticas habitacionais priorizam os núcleos familiares e para definir que a garantia de direitos aos moradores de rua não pode ser realizada de modo individual, mas apenas em face de política pública:

> O que o autor se apressa em deduzir é que bastaria estar em situação de rua para fazer jus à subvenção estatal. Essa situação pura e simples, da maneira como é pedida, seria, em *prima facie*, desatrelada de previsão legal. É nesse sentido que deve ser entendida a referida passagem. [...] Ainda que, no caso, a ausência de moradia viole direito fundamental, não cabe ao Poder Judiciário a escolha daqueles que serão beneficiados em detrimento dos outros, para a alocação de recursos, sob pena de violação ao princípio da isonomia, cabendo ao gestor público essa definição de critérios pelas políticas habitacionais existentes a exemplo do Programa Minha Casa Minha Vida[7] (BRASIL, 2018, *online*).

Percebe-se que a afirmação dos direitos da população em situação de rua leva em consideração diversos fatores e que a ponderação do Judiciário se faz caso a caso, analisando o interesse processual desse respectivo poder em promover a causa requerida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As observações realizadas no presente trabalho levam a um questionamento sobre qual o papel do governo brasileiro para a manutenção do quadro de precariedade da população em situação de rua. Cotidianamente, essa parcela é vítima das mazelas e da violência de uma sociedade aparentemente indiferente. E o principal apoio desse segmento social, que lhe deveria ser assegurado, não se faz presente: o do Estado. É necessário pensar também a qual tipo de violência está sujeita a população de rua. Uma definição que se encaixa bem na questão é a de Luzia Baierl (2004, p. 67): “A violência seria, então, tudo aquilo que desumaniza, constrange, coage, humilha e viola as pessoas, seres e coisas, transgredindo aquilo que as pessoas e a sociedade reconhecem como justo e virtuoso.”

Nesse sentido, o Estado brasileiro se torna um cooperador da violência sofrida pela população em situação de rua. Seu papel seria de conciliador de conflitos, de mantenedor da harmonia social e de garantidor da justiça. Mas ao invés disso, promove a violação direitos básicos dos moradores de rua enquanto

[6] Acórdão publicado em 16 de abril de 2018.
[7] Acórdão publicado em 10 de agosto de 2018.

seres humanos e cidadãos. Uma vez que o Estado atua segundo a lei, é propiciada uma interferência jurídica no aparato legal a fim de dar validade às ações governamentais aplicadas no Brasil, que apresentam um forte caráter de repressão higienista, como nos casos de remoções forçadas desse segmento social de locais públicos promovidas por autoridades governamentais (CATRACA LIVRE, 2014; PEREIRA, 2016).

Procurou-se investigar as possíveis causas para a grande problematização em torno das políticas públicas voltadas à população de rua. Apesar do caráter higienista de ações como as destacadas ao longo do trabalho, isso não significa que todas se configuram sob o mesmo aspecto. A brevidade do estudo impossibilitou uma análise mais aprofundada do cenário social brasileiro total, sendo necessárias maiores investigações sobre o assunto. Notou-se que a população em situação de rua ainda enfrenta problemas também para se afirmar no cenário social brasileiro, mas ela também revela uma identidade enquanto sujeito constitucional. As transformações sociais encaminham novos rumos para esse segmento, que começa se expressar como movimento social e político na luta por direitos. E essa nova configuração favorece o surgimento de um novo sujeito coletivo de direito, criando espaços jurídicos até então inéditos.

A exclusão desse segmento social não se mostra como procedimento satisfatório e apenas serve para demonstrar que a pretensão de uma sociedade justa e igualitária também é pautada na consideração dos moradores de ruas como pessoas detentoras de direito, proporcionando-lhes qualidade de vida e um tratamento respeitoso. Portanto, também ao Direito interessa refletir sobre as pessoas e zelar por esses indivíduos.

REFERÊNCIAS

BAIERL, Luzia Fátima. **Medo social:** Da violência visível ao visível da violência. 1ª ed. São Paulo: Cortez, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 de maio de 2019.

_____. Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 3 de maio de 2019.

_____. Decreto nº 7053, de 23 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 dez. 2009. p. 17. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm. Acesso em: 3 de maio de 2019.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Rua: aprendendo a contar**: Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de

Rua. Brasília, DF: MDS, Secretaria de Avaliação e Gestão de Informações; Secretaria Nacional de Assistência Social, 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 441991/SP (2018/0065501-1)**. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/567068863/habeas-corpus-hc-441991-sp-2018-0065501-1?ref=serp. Acesso em: 5 maio 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 447064/SP,** Relator: Min. Joaquim Barbosa, 22 de abril de 2010. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9163888/recurso-extraordinario-re-447064-sp-stf. Acesso em: 5 maio 2019.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento nº 5012439-76.2018.04.0000/RS**.. Disponível em: https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/582990973/agravo-de-instrumento-ag-50124397620184040000-5012439-7620184040000/inteiro-teor-582991017?ref=serp. Acesso em: 5 maio 2019.

BORTOLON, V. T.; GOMES, L. M.; CARVALHO, F. T. D. Metodologia jurídica e especificidades da pesquisa jurisprudencial aplicadas às políticas públicas. **Jus.com.br**, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63137/metodologia-juridica-e-especificidades-da-pesquisa-jurisprudencial-aplicadas-as-politicas-publicas>. Acesso em: 20 maio 2019.

CASTILHO, C. D.; ODORISSI, L. F. Os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil e o controle de convencionalidade: a necessidade de instituição de um diálogo jurisprudencial. *In*: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÃNEA, 13, 2016, Santa Cruz do Sul. **Anais [...]**. Santa Cruz do Sul: Unisc. Disponível em: https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/16036/3926. Acesso em: 18 maio 2019.

CATRACA LIVRE. Moradores de rua são removidos durante a festa da Copa. **Catraca Livre**, 2014. Disponivel em: https://catracalivre.com.br/cidadania/moradores-de-rua-sao-removidos-durante-a-festa-da-copa/. Acesso em: 20 maio 2019.

COSTA, S. P. M. da. A Adequação dos Moldes Codificados de Sucessão no Direito Brasileiro Frente às Soluções Sucessórias de Grupos Sociais no Brasil. *In*: NETO, R. L. de A.; COSTA, S. P. M. da. (Orgs.). **Direito, Democracia e Mudanças Institucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 79-104.

CRESCÊNCIO, C. L. Revolta da Vacina: higiene e saúde como instrumentos de políticos. **BIBLOS - Revista do Instituto de Ciências Humanas e da Informação**, v. 22, n. 2, p. 57-73, 2008. Disponível em: https://periodicos.furg.br/biblos/article/download/962/471. Acesso em: 15 maio 2019.

DA ROCHA, V. C.; CORONA, J. B. Marcos normativos e institucionais de

proteção à população em situação de rua no contexto dos direitos humanos. *In*: SEMINÁRIO NACIONAL DE SERVIÇO SOCIAL, TRABALHO E POLÍTICA SOCIAL, 2015, Florianópolis. **Anais [...]**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/182514/Eixo_1_118.pdf?sequence=1. Acesso em: 6 maio 2019.

DURKHEIM, É. **As regras do método sociológico**. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA, João Sette Whitaker. **A cidade para poucos**: breve história da propriedade urbana no Brasil. *In*: Anais do Simpósio "Interfaces das representações urbanas em tempos de globalização", UNESP Bauru e SESC Bauru, 21-26 ago. 2005. Disponível em: http://www.usp.br/fau/docentes/depprojeto/j_whitaker/propurbcred.doc. Acesso em: 13 maio 2019.

FERNANDES, F. **A integração do negro na sociedade de classes**. 5ª. ed. São Paulo: Globo, v. I, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

GAÚCHAZH. "Não vamos admitir uma praça que esteja cheia de morador de rua", diz Comandante Nádia. **Gaúchazh**, 11 maio 2019. Disponível em: https://gauchazh.clicrbs.com.br/porto-alegre/noticia/2019/05/nao-vamos-admitir-uma-praca-que-esteja-cheia-de-morador-de-rua-diz-comandante-nadia-cjvk2cots03d201ma6gurgykc.html. Acesso em: 20 maio 2019.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, T. C. S.; SANTOS, T. G. D. Os invisíveis que eles querem esconder: A luta por direitos básicos, a violência e os reflexos da Copa do Mundo FIFA 2014. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 21, 2012, Niterói. **Anais**[...]. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 450-479.

HABERMAS, J. **A inclusão do outro**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HENRIQUES, J. G. "A cultura de limpeza social ainda é fortíssima no Brasil". **Ípsilon**, 2014. Disponivel em: https://www.publico.pt/2014/05/09/culturaipsilon/entrevista/a-cultura-de-limpeza-social-ainda-e-fortissima-no-brasil-1635038. Acesso em: 20 maio 2019.

IPEA - INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Texto para discussão 2246:** Estimativa da população em situação de rua no Brasil. Brasília: Ipea, 2016. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/26102016td_2246.pdf. Acesso em: 3 de maio de 2019.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia Alemã**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MELLO, J. Entidade repudia política de higienização social na Cracolândia. **GGn:** o jornal de todos os Brasis, 2017. Disponível em: https://jornalggn.com.br/cidades/entidade-repudia-politica-de-higienizacao-social-na-cracolandia/. Acesso em: 20 maio 2019.

MOVIMENTO NACIONAL DA POPULAÇÃO DE RUA. **Conhecer para lutar:** cartilha para formação política. [S.I.]: Instituto Pólis; Governo Federal, 2010. Disponível em: http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/MNPR_Cartilha_Direitos_Conhecer_para_lutar.pdf. Acesso em: 16 maio 2019.

PEREIRA, F. Olimpíada faz moradores de rua sentirem falta de quando eram "invisíveis". **UOL**, 2016. Disponível em: https://olimpiadas.uol.com.br/noticias/redacao/2016/08/08/olimpiada-faz-morador-de-rua-ter-saudade-do-tempo-em-que-era-invisivel.htm. Acesso em: 20 maio 2019.

POMPEO, C. Chacina da Sé é relembrada por Movimento de População de Rua. **Gazeta do Povo**, 18 ago. 2015. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/chacina-da-se-e-relembrada-por-movimento-de-populacao-de-rua-17y6fr60wnt655l0fvzgracpc/. Acesso em: 20 maio 2019.

PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. D. **Trabalho Científico:** Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico. 2ª. ed. Novo Hamburgo: Universidade Feevale, 2013. *E-book*.

RODRIGUES, Igor de Sousa. **A construção social do morador de rua:** o controle simbólico da identidade. (Tese de Mestrado). Juiz de Fora: UFJF, 2015. Disponível em: https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/2199. Acesso em: 4 maio 2019.

ROSENFELD, M. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SILVA, D. de T. L. da. Históricas e atuais práticas de higienização social. **Acervo Combate Racismo Ambiental**, 19 jan. 2013. Disponivel em: https://acervo.racismoambiental.net.br/2013/01/19/historicas-e-atuais-praticas-de-higienizacao-social/. Acesso em: 20 maio 2019.

SILVA, S. S. da. et al. *In*: JORNADA INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 5, 2011, São Luís. **Anais** [...]. São Luís: Universidade Federal do Maranhão, 2011. Disponível em: http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2011/CdVjornada/JORNADA_EIXO_2011/ESTADO_LUTAS_SOCIAIS_E_POLITICAS_PUBLICAS/A_FORMACAO_SOCIAL_BRASILEIRA_LUTAS_SOCIAIS_E_PARTICIPACAO_SOCIAL.pdf. Acesso em: 5 maio 2019.

SIQUEIRA, M. da P. S. Pobreza no Brasil colonial: representação social e expressões da desigualdade na sociedade brasileira. **Histórica – Revista Eletrônica do Arquivo Público do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 34, 2009, p. 2-11. Disponível em: http://www.arquivoestado.sp.gov.br/site/assets/publicacao/anexo/historica34.pdf. Acesso em: 17 maio 2019.

SOBRINHO, A. S. de O. São Paulo e a Ideologia Higienista entre os séculos XIX e XX: a utopia da civilidade. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 15, n. 32, jan. /abr., p. 210-235, 2013.

SOUSA JÚNIOR, J. G. de. **Direito como Liberdade: O Direito Achado na Rua:** Experiências Populares Emancipatórias de Criação do Direito. (Tese de Doutorado). Brasília: UnB, 2008. Disponível em: https://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2013/02/TESE_2008_JoseGeraldoSJunior.pdf. Acesso em: 25 maio 2019.

SOUZA, M. A. S. **A busca pela identidade constitucional:** necessidade de construção efetiva de uma sociedade democrática baseada na liberdade, na justiça e na solidariedade. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2011. Disponível em: http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/edi001_2012/artigos/04_Michelle.Amorim.Sancho.Souza.pdf. Acesso em: 19 maio 2019.

TORRACA, L.B.T.; DE GIORGI, R. O que o risco não quer dizer, o que o arrastão não pode ser. **Arquivo Jurídico**, Teresina, v. 3, n. 2, p. 23-46, jul./dez. 2016.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 1ª ed. São Paulo: Cia. das Letras, 2004.

ESTUDO ACERCA DA OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL LUSO-BRASILEIRA E A POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DO SISTEMA DE FISCALIZAÇÃO CONCRETA EM PORTUGAL

STUDY ABOUT THE LUSO-BRAZILIAN UNCONSTITUTIONAL LEGISLATIVE OMISSION AND THE POSSIBILITY OF INCLUSION OF A CONCRETE INSPECTION SYSTEM IN PORTUGAL

Paloma Marita Cavol Klee[8]
Vinícius Wilder Zambiasi[9]

Resumo: O artigo analisa os instrumentos de controle das omissões ilegítimas do legislador existentes contemporaneamente tanto Brasil quanto em Portugal. Para este objetivo, debruça-se no conceito de omissão inconstitucional, e busca-se verificar as tipologias existentes em cada país, seus meios para questionamento da inatividade legislativa, como também a extensão e os efeitos dos julgamentos proferidos no âmbito do sistema de controle por omissão. Verifica-se que o Brasil elencou controles de nível abstrato e concreto do silêncio do Poder Público, com diferentes guinadas jurisprudenciais referente ao mandado de injunção. Por outro lado, o sistema lusitano não conferiu aos seus cidadãos a possibilidade de fiscalização concreta, e com isso insere-se a controvérsia doutrinária sobre a implementação deste instrumento para garantir maior efetividade constitucional.

Palavras-chave: Efeitos decisórios, Fiscalização Concreta, Omissão Inconstitucional, Sistema Brasileiro e Português.

Abstract: The article analyzes the instruments of control of the illegitimate omissions of the legislator that currently exist both in Brazil and in Portugal. For this purpose, it focuses on the concept of unconstitutional omission, and seeks to verify the typologies existing in each country, their means for questioning legislative inactivity, as well as the extent and effects of judgments made within the scope of the control system by omission. It rise that Brazil listed controls of an abstract and concrete level of the silence of the Public Power, with different turns of jurisprudential referring to the injunction order. On the other hand, the Lusitanian system did not give its citizens the possibility of concrete control, and

[8] Advogada. Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2014), Pós-Graduada em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (2016) e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, menção em Direito Constitucional, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Contato eletrônico: palomacklee@gmail.com

[9] Advogado. Professor no Centro Universitário de Cascavel (Univel). Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2014), Pós-Graduado em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (2016) e Mestre em Ciências Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Contato eletrônico: viniciuszambiasi@gmail.com

with that the doctrinal controversy about the implementation of this instrument is inserted to guarantee greater constitutional effectiveness.

Keywords: Decision-making effects, Concrete control, Unconstitutional Omission, Brazilian and Portuguese System

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende realizar uma análise crítica acerca do instituto da inconstitucionalidade por omissão. Atualmente, em intensidades diferentes, a eficácia deste instrumento vem se mostrando caricata na luta para a repristinação da inércia legislativa, ocasionando o descumprimento de diversas previsões constitucionais. Contudo, permanece sendo uma ação importante para a estabilidade jurídica e para a consolidação da Constituição, envolvendo diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, alguma destas serão tratadas ao longo deste estudo.

O foco principal recai sobre as omissões perpetradas pelo legislador que violem os dispositivos do texto constitucional, diante da necessidade da intervenção legislativa para a concretização dos mesmos. Dedica-se, para tanto, a delimitar o conceito de omissão inconstitucional, expondo a diferença relevante entre omissões totais e parciais.

Ademais, busca-se destrinchar a ação de inconstitucionalidade por omissão portuguesa e brasileira, como também o remédio constitucional do mandado de injunção, para através disto ser possível compreender o funcionamento destes instrumentos, assim como o alcance das sentenças em ambos os países.

Um objetivo *plus* de expor os mecanismos de controle das omissões em terras brasileiras é verificar as diferenças deste com o controle português, que servirá de impulsão para o debate quanto à possibilidade de uma fiscalização concreta no direito lusitano.

1. AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

A posição hierárquica das normas constitucionais pode ser violada de duas maneiras: quando se pratica uma ação que é expressamente proibida pela própria Carta Magna e quando se deixa de realizar uma conduta que é estipulada pela norma constitucional (BARROSO, 2012, p. 279).

Esta segunda forma de violação é intitulada de omissão inconstitucional. As omissões que acarretam o incumprimento da Constituição não são inércias derivadas de apenas uma entidade, isto é, são hiatos decorrentes da inexistência de medidas políticas ou ainda diante de atos não legislativos, advindos de funções como a administrativa e jurisdicional (CANOTINHO, MOREIRA, 2014, p.990/991 e MIRANDA, 2010, p. 363/364). O presente estudo procurará confrontar o óbice da inércia legislativa.

Assim, a omissão inconstitucional consiste na não concretização de uma norma constitucional imperativa que deveria ter ocorrido através da promulgação de uma lei mediante ação do órgão legislativo. A não efetivação das normas constitucionais causa ao sistema um grave desequilíbrio frente à eficácia limitada de diversas normas constitucionais, estas essenciais para o desenvolvimento social e garantia de direitos. Desta forma, o controle desta omissão possui o

intuito de denunciar o legislador para que este adote as medidas necessárias. (MENDES, BRANCO, 2014, p. 1180)

Ocorre que, ambas as Constituições dos países de língua portuguesa em fomento, não conceituaram o que deve ser entendido por omissão inconstitucional, restando tal encargo para a doutrina.

Omissão, neste contexto, não representa um global silêncio legislativo, ou ainda uma ausência genérica de normas jurídicas responsáveis pela regularização de uma matéria (SILVA, 2003, p.11). Em outras palavras, não significa "(...) um simples negativo não fazer; trata-se, sim, de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado" (CANOTILHO, 2001, p. 331), ou seja, é uma ausência de atitude, frente a uma imposição constitucional.

Desta forma, deve ficar claro que o legislador, em regra, não está obrigado a legislar, porém se a Carta Constitucional determinar ao órgão legislativo uma ação positiva de efetivação de uma norma, por meio da edição de uma lei, sua atuação deixa de ser discricionária e sua inércia poderá ser enquadrada como uma inconstitucionalidade por omissão (BARROSO, 2012, p. 280).

Assim, o enquadramento da omissão constitucional não é realizado nos moldes do "tudo ou nada", pois não se deve concluir que o legislador é compelido incessantemente a intervir, devido a sua obrigação geral de emanação de leis, como também não é possível afirmar que o seu imobilismo acarreta indubitavelmente uma violação a Constituição. É inconstitucional apenas aquele silêncio legislativo que violar uma norma que requeira sua intervenção para a concretização (VILLAVERDE, 1996, p. 124), dado que o contrário resultaria em uma imobilidade do Órgão Legislativo, e consequentemente, acarretaria a perda da garantia à discricionariedade (BOHNENBERGER, 2004, p. 39), pois não estaria mais apto a decidir o melhor momento de efetivação de determinadas matérias.

O doutrinador português Jorge Pereira da Silva traz à baila um rol de deveres que são incutidos ao legislador pela Constituição, dividindo os mesmos entre dever geral e dever especifico de legislar. Estes se diferenciam através do grau de densidade da norma, isto é, a partir do nível de vinculação do legislador em face da Constituição (2003, p. 24).

Os deveres gerais são normas de conteúdo abstrato e por isso possuem limitada eficácia vinculante. Já os deveres específicos são revelados quando o texto da norma trouxer *o se, quando e como* deve tal norma ser concretizada, não necessitando ser explicitamente. Existem quatro deveres específicos: o de concretização de normas constitucionais, de proteção de direitos fundamentais, de correção ou adequação de leis vigentes e de reposição da igualdade violada (SILVA, 2003, p. 24).

Jorge Miranda aponta que as omissões inconstitucionais podem ocorrer frente ao não reestabelecimento das incessantes desigualdades societárias, diante das prestações positivas estatais para garantir os direitos sociais e de liberdade e ante a não concretização das normas constitucionais que não são exequíveis por si mesmas e aos comandos constitucionais programáticos. Quanto a estas duas últimas possibilidades, cabe a observação que "as normas precetivas não exequíveis por si mesmas dependem apenas de fatores jurídicos e de decisões politicas; as normas programáticas dependem ainda (e sobretudo) de fatores econômicos e sociais" (2012, p.13/17).

Assim, os comandos não exequíveis por si mesmos necessitam exclusivamente da intervenção legislativa para serem eficazes, por outro lado as normas programáticas além da atuação legislativa carecem de providências em outras searas: econômicas, sociais, administrativa, de operação material e política. Desta forma, como a concretização das normas programáticas depende de diversos fatores, o legislador possui mais autonomia para decidir quando atuar e por isso, existem autores que consideram não configurar a inconstitucionalidade por omissão nestes casos (MIRANDA, 2012, p. 17).

2.1 A CLASSIFICAÇÃO EXISTENTE ENTRE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL TOTAL E PARCIAL

A inconstitucionalidade por omissão sobrevém quando identificada a inércia legislativa referente ao seu dever de editar a regulamentação indispensável para a exequibilidade de um dispositivo constitucional. A omissão total é justamente isto: quando o órgão responsável pela emanação do ato legislativo, que possibilita a concretização de uma norma constitucional, silencia-se de forma absoluta sobre seu dever legiferante (MARTINS, 2019, p. 744).

Na Constituição brasileira, a título de exemplo, existe o artigo 18, §4º que trata sobre a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, e na redação do comando constitucional explicita-se a necessidade de lei estadual para a efetividade da norma, contudo ainda não foi editada regulamentação própria.

Em Portugal, exemplifica-se com o Acórdão n. 474/2002, em que o Tribunal Constitucional julgou inconstitucional a omissão legislativa que não tornou exequível o direito de subsídio de desemprego referente aos empregados da Administração Pública, constante na alínea ‘e’ do nº 1 do art. 59º da CRP (CORREIA, 2016, p.184).

A omissão parcial, por sua vez, é identificada quando o legislador iniciou o cumprimento da imposição constitucional, porém o resultado da lei é deficitário diante da norma constitucional (SILVA, 2003, p. 89). Se, por exemplo, a lei regulamentadora do direito à licença-paternidade (art. 7º, XIX, CF) deixasse de prever especificamente sobre a duração da licença, estaríamos perante a uma deficiência da lei que caracterizaria uma omissão parcial (FONSECA, 2016, p. 43).

Ou seja, esta omissão pode ocorrer devido a uma imperfeita interpretação da norma constitucional que contém o dever legislativo, de uma errada análise das circunstâncias fáticas que rodeiam a promulgação da lei, da não inclusão de certos grupos ou categorias de pessoas que preenchem os pressupostos para serem beneficiados, ou até mesmo de um desígnio do próprio legislador expresso na lei (BOHNENBERGER, 2004, p.43/44).

Desta forma, o silêncio legislativo não é apenas sinônimo de plena falta de cumprimento do encargo legislativo imposto pela Constituição, visto que a omissão inconstitucional também é identificada a partir da incompletude, da inadequação e até mesmo através da impossibilidade da execução normativa (CORREIA, 2016, p. 183).

A omissão parcial gera um dever específico de reposição da igualdade violada ao legislador. Independentemente de o tratamento desigualitário ter ocorrido de forma implícita na legislação ou de forma expressa, é neste âmbito que se desenvolve o conflito doutrinário quanto a qual meio de controle deve ser

impetrado para combater as violações ao princípio da igualdade: uma ação de inconstitucionalidade por ação ou por omissão?

Segundo J.J. Gomes Canotilho, se o legislador não possuía conhecimento de todo o contexto ou exclui um grupo sem a intenção de fazê-lo, caracteriza uma inconstitucionalidade por omissão. Contudo, se o órgão legislativo, devido ao seu desígnio, age de forma discricionária, concretizando a norma constitucional de forma incompleta, o que ocasiona violação ao princípio da isonomia é caso de inconstitucionalidade por ação (2000, p. 1034 e 1036).

Rui Medeiros não se vincula a este pensamento, pois entende que a preocupação não deve estar centrada sobre a intenção da lei, mas sim em saber se esta viola ou não a Constituição. Refere que "a distinção entre silêncio excludente e expressa determinação legal é, pois, meramente acidental, não tendo sentido que a opção pela decisão de inconstitucionalidade fique dependente do acaso legislativo", já que se isto fosse aceito, permitir-se-ia que o legislador manipulasse o texto legal para evitar uma inconstitucionalidade por ação (1999, p. 518).

Refere que o limite do aceitável neste caso de violação ao princípio da isonomia é acumular a inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão. Contudo, menciona que ao escolher um dos controles, deve-se optar pela inconstitucionalidade por ação, dado que "a dualidade de fundamentos de inconstitucionalidade não pode implicar a prevalência do estatuto mais favorável à manutenção da situação inconstitucional" (MEDEIROS, 1999, p. 520).

Ou seja, para este doutrinador, optar pela inconstitucionalidade por omissão significa a manutenção da desigualdade, porquanto o Tribunal Constitucional nestes casos, somente pode realizar uma notificação ao legislador, não lhe sendo permitido emitir ordem para que este adote as providências necessárias para sair da inércia, e assim, se o órgão legislativo nada fizer, não haverá sanções.

Independentemente de qual das opções é tomada para a dissolução da violação perpetrada sobre o princípio da igualdade, importa ressaltar que a escolha por uma destas é cabalmente política, pois tem como embasamento considerações de oportunidade (MEDEIROS, 1999, p 508).

2. A AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Após compreender o que caracteriza uma omissão inconstitucional legislativa, é pertinente verificar como esta fiscalização foi positivada nas constituições portuguesa e brasileira.

3.1 O CONTROLE EM PORTUGAL

O instrumento para o combate das omissões inconstitucionais é disciplinado pela Constituição Portuguesa no artigo 283º, que prevê o controle abstrato de fiscalização. O órgão responsável pela realização da apreciação e da verificação do incumprimento constitucional é o Plenário do Tribunal Constitucional.

Este controle não possui caráter preventivo, pois a fiscalização ocorre em momento posterior ao reconhecimento do *non facere*. Se assim não fosse, haveria intervenção na elaboração normativa, deixando de agir somente perante uma omissão juridicamente pertinente. Ainda, não é autorizada a fiscalização de caráter substitutivo, porquanto o Tribunal não pode agir em nome do órgão

legislativo, adotando as medidas que acredita serem indispensáveis ao caso concreto (MIRANDA, 2010, p. 380).

A primeira parte do artigo estipula, de forma taxativa, os agentes que podem promover a ação, são estes: o Presidente da República, o Provedor de Justiça ou ainda, se a ação for respaldada em uma maculação de direitos das regiões autônomas, são legitimados os presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autônomas.

Ao comparar este rol de agentes com os legitimados para promover a fiscalização da inconstitucionalidade por ação, J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira observam o número mais restrito se deve diante do intuito de dificultar o ingresso de ações nesta modalidade de controle (2014, p. 992).

O objetivo do artigo 283º é verificar a violação de determinada norma constitucional diante da abstenção do legislador em lhe conferir exequibilidade. Assim, o escopo deste artigo não pode ser confundido com uma *avaliação global* da Constituição, visto que isto tornaria a ação de inconstitucionalidade por omissão indefinida, resultando em julgamentos discricionários ou até mesmo na invalidação prática deste instrumento (MIRANDA, 2012, p. 24).

O caminho a ser percorrido pelo Tribunal Constitucional inicia na análise da necessidade de produção legislativa para certa norma constitucional receber efetividade. Se isto for denotado, deve averiguar se esta medida efetivamente existe e se ela é *suficiente, adequada e exequível*, pois se constatado o contrário, o órgão de fiscalização estará perante a uma omissão inconstitucional (CANOTINHO, MOREIRA, 2014, p. 992).

O juízo de inconstitucionalidade por omissão igualmente deve considerar todo o período em que o legislador permaneceu inerte, tendo em vista que "(...) nenhuma omissão pode ser descrita em abstrato, mas somente em concreto, balizada entre determinados eventos, estes de sinal positivo". A intervenção legislativa deve ocorrer dentro de um decurso de tempo, este podendo ser fixado pela própria Carta Constitucional, ou ainda *dependente da natureza das coisas*, ou seja, subordinado a situações externas, a realidade social e particular. (MIRANDA, 2012, p.26)

O Tribunal deverá ponderar estes lapsos temporais e se ao fazê-lo verificar que o legislador possuía as condições para produzir a norma legal, mas não o fez, deve reconhecer que tal inércia é inconstitucional (MIRANDA, 2010, p. 384).

Apurado o descumprimento do dever constitucional inequívoco, o Tribunal dará conhecimento da sua decisão ao órgão legislativo competente, sendo este um ato jurídico declaratório *sem efeitos vinculativos*, pois o Tribunal não pode se sobrepor ao legislador e indicar como deve ser reparada a omissão submetendo-o a esta solução (CORREIA, 2016, p. 334).

Compulsando o acervo jurisprudencial português, extrai-se o reduzido número de ações de inconstitucionalidade por omissão perpetradas. A contar do ano de fundação do Tribunal Constitucional, qual seja 1983, até o presente momento, foram submetidos à análise da Corte oito casos, destes apenas em dois reconheceu-se o desrespeito a Constituição, enquanto que em cinco não foi verificada a situação de inconstitucionalidade e em um não houve o pronunciamento (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS).

As razões conferidas para este ínfimo número de ações atribuem-se ao número reduzido de legitimados para promover a ação, e também aos efeitos limitados da decisão, pois o Tribunal Constitucional está autorizado a apenas dar

ciência ao legislador para que o mesmo se sinta imbuído a tomar as providências necessárias (FONSECA, 2016, p. 47).

3.2 O CONTROLE NO BRASIL

3.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADO)

A Constituição da República Federativa do Brasil, sob o influxo da portuguesa (FERNÁNDEZ SEGADO, 2010, p.90), incluiu em sua redação a possibilidade de propositura da ação de inconstitucionalidade com o propósito de combater a omissão, na Carta promulgada no ano de 1988 (FLORES FILHO, 2010, p. 07).

Esta ação representa modalidade de verificação abstrata de inconstitucionalidade, visando à preservação do ordenamento constitucional, quando este restar violado pela mora do Poder Público. A omissão pode ter advindo da ausência de um ato normativo, como também diante da efetivação insatisfatória ou insuficiente de uma norma constitucional (BARROSO, 2012, p. 279).

Como no controle português, o reconhecimento da omissão apenas pode ocorrer sobre um dever concreto de legislar, não recaindo sobre o dever geral legiferante. Contudo, o controle brasileiro avança em comparação ao lusitano, uma vez que prevê além do controle sobre a mora legislativa, o controle sobre as omissões perpetradas pelos órgãos administrativos (MORAES, 2018, p. 1041/1042).

O procedimento do controle em fomento foi regularizado através da lei ordinária nº 12.063/09, a qual introduziu na Lei nº 9.868/99 o capítulo II – A, tratando especificamente sobre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O órgão competente originariamente para analisar a ADO é o Supremo Tribunal Federal, conforme os artigos 102, I, “a” combinado com o artigo 103, §2º ambos contidos na Carta Magna.

Os legitimados para ajuizar esta ação estão previstos no artigo 103º, I a IX da CF, sendo os mesmos legitimados para a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade Genérica. Estes agem como advogados do interesse público (MENDES, BRANCO, 2014, p. 1471), e não visam salvaguardar situações de interesse individual.

Quanto ao objeto, cabe mencionar que a ação é movida contra a omissão de atos normativos, pois estes, ao contrário do termo legislativo, abrangem os atos gerais, abstratos e obrigatórios dos poderes Executivo e Judiciário (BARROSO, 2012, p. 286).

Com o reconhecimento da violação negativa da Constituição, o STF deve apenas noticiar o poder competente quanto à inconstitucionalidade do seu *nom praestare*, para que este adote as medidas necessárias, conforme dispõe o art. 103, §2º da CF. Assim, a sentença possui um caráter declaratório, igualando-se a portuguesa.

Com relação ao órgão administrativo, a norma constitucional mencionada estabelece um prazo 30 dias para o suprimento da omissão. De outra banda, o artigo 12-H, §1º, da Lei 9.868/99, refere que o Supremo Tribunal Federal pode estipular um prazo diverso dos 30 dias devido a circunstâncias específicas do caso concreto e também diante do interesse público abrangido.

A não imputação de um prazo para a primeira hipótese visa a não interferência do Poder Judiciário no órgão legislativo, buscando assim a preservação da separação dos poderes. Contudo, o STF divergindo da regra, em algumas decisões estipulou um prazo para que o órgão competente pela concretização da norma constitucional adotasse as medidas necessárias (MARTINS, 2019, p.754).

Exemplifica-se com a ADO nº 25 de 2016 que estipulou o prazo de 12 meses para o Congresso Nacional editar lei complementar prevista no art. 91 do ADCT, e determinou que se não fosse cumprido o prazo, o Tribunal de Constas da União teria a competência para suprir esta lacuna de forma provisória e eventual. Ou seja, além de definir um prazo para o preenchimento do vazio legislativo, ainda estabeleceu uma consequência para a hipótese de este período transcorrer *in albis* (NETO, 2018).

3.2.2 Mandado de Injunção (MI)

Com origem inglesa e com forte influência no direito norte-americano (SANTOS, BALESTRIN, 2012, p. 151), o mandado de injunção visa o controle concreto da omissão, buscando proteger os direitos subjetivos que foram feridos pelo silêncio do legislador (BARROSO, 2012, p. 158).

Conforme o artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal, será conferido o mandado de injunção toda vez que a ausência de uma norma reguladora torne impossível o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Neste caso, os direitos e liberdades devem ser compreendidos de maneira abrangente, pois se referem a todos os direitos e garantias fundamentais previstos (exclusivamente) na Constituição e não apenas aos direitos vinculados ao *status* de nacional ou de cidadão (BOHNENBERGER, 2004, p. 79/80).

Assim, todo o indivíduo, que devido à falta de uma norma regulamentadora, não estiver conseguindo exercer seus direitos, liberdades e as prerrogativas acima indicadas, poderá ajuizar um mandado de injunção. Contudo, não são todas as lacunas legislativas que possibilitam o ajuizamento deste instrumento, devendo tais normas além de ser de eficácia limitada (não exequíveis por si mesmas), devem atribuir "(...) ao impetrante um direito subjetivo, claramente delineado, cujo exercício esteja inviabilizado única e exclusivamente por conta da ausência de regulamentação" (FONSECA, 2016, p. 81).

A Lei 13.300/16 foi a responsável por criar o procedimento especifico para o mandado de injunção. Nesta foi estabelecida legitimidade ativa para qualquer pessoa, natural ou jurídica, sendo possível até mesmo a impetração coletiva, conforme o artigo 12. O polo passivo deve necessariamente ser ocupado por pessoa estatal, no caso a autoridade ou órgão omisso, já que apenas este possui legitimidade para emanar normas regulamentadoras (MORAES, 2018, p.256).

A competência absoluta para o julgamento originário e recursal do presente remédio constitucional encontra-se prevista em diversas normas constitucionais, quais sejam: art. 102, I, "q", e II, "a" referente ao Supremo Tribunal Federal; art. 105, I, "h", referente ao Superior Tribunal de Justiça; art. 121, §4º, V, referente aos Tribunais Regionais Eleitorais e por fim o art. 125, §1º que define a competência de cada Estado para organizar sua justiça.

Diferentemente da ação de inconstitucionalidade por omissão, onde esta apenas visa à declaração da existência (ou não) da mora legislativa, o mandado de injunção, com a procedência do pedido, possibilita a viabilização concreta do exercício dos direitos e liberdades constitucionais (PIOVESAN, CHADDAD, 2018, p. 99). Contudo, a amplitude do julgamento do controle concreto foi muito debatida previamente ao advento da Lei nº 13.300/16, em que quatro vertentes eram adotadas pelo STF.

A primeira destas admitia apenas o reconhecimento formal da inércia legislativa (MORAIS, 2012, p. 581/582), pois no princípio, o mandado de injunção era visto como um remédio subsidiário à inconstitucionalidade por omissão (STRECK, 2002, p. 616) e assim buscava não interferir na função legiferante.

Este entendimento restou modificado, pois mesmo existindo semelhanças entre estes institutos, acredita-se que a Constituição não teve a intenção de prever dois remédios constitucionais com a mesma finalidade. Assim, o mandado de injunção surgiu com o propósito de defender os direitos e liberdades de forma concreta, tornando-os exequíveis, já a inconstitucionalidade por omissão objetiva a efetividade da norma constitucional, indicando a inatividade do legislador em produzir determinada norma regulamentadora (PIOVESAN, CHADDAD, 2018, p.103).

Assim, as demais interpretações necessitaram ir além. A segunda corrente visou possibilitar ao autor do remédio constitucional o direito pleiteado, através da fixação de um prazo ao legislador com o intuito de forçá-lo a emanar a norma. O terceiro viés decisório consistiu na STF assumir o papel do órgão legislativo ou administrativo, criando uma norma para ser aplicada apenas no caso concreto com efeito *inter partes* (MORAIS, 2012, p. 581/582).

Por fim, utilizando os moldes da terceira vertente, mas inovando na expansão dos efeitos da decisão, existiram casos em que o STF decidiu pela abrangência *erga omnes* do mandado de injunção (MORAIS, 2012, p. 582).

Esta quarta vertente foi marcada pelo julgamento que tratava sobre o direito a grave do servidor público, em que a Suprema Corte decidiu que houvesse a aplicação imediata da legislação que trata do direito a grave dos funcionários em âmbito privado para os funcionários públicos, até a publicação de uma lei específica pelo legislador, valendo não somente para os impetrantes, mas sim para todo o funcionalismo público (MENDES, BRANCO, 2014, p. 1509/1518).

A lei nº 13.300/2016 resolve este dilema ao definir em seu artigo 8º, I, que com o reconhecimento da omissão inconstitucional, determina-se um prazo razoável para o impetrado regulamentar a norma faltante. O inciso II, define que, caso não seja suprimida a omissão no tempo determinado, a decisão deve estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas postulados ou ainda como o autor da ação poderá promover uma ação própria com o intuito de conseguir efetivá-los.

Ainda, o parágrafo único do artigo 8º, indica que se restar comprovado que em mandado anterior o impetrado não editou a norma no prazo estabelecido, o inciso segundo pode ser aplicado diretamente.

Com esta solução *concretista* conferiu-se *máxima efetividade* ao mandado de injunção, possibilitando-se, através deste instrumento, a concretização das normas constitucionais pelo Poder Judiciário (PIOVESAN, CHADDAD, 2018, p.100/101).

Desta forma, a regra é a decisão surtir efeitos *inter partes*, tendo em vista a natureza satisfativa deste remédio, que busca garantir a realização do direito do impetrante, não obstante a inexistência de regulamento (FONSECA, 2016, p. 138). Contudo, o art. 9º, §1º admite que a decisão tenha eficácia *erga omnes* quando for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração. Por fim, o parágrafo segundo, permite que os efeitos da decisão se irradiem a casos similares após o trânsito em julgado.

3. POSSIBILIDADE DE FISCALIZAÇÃO CONCRETA DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS

Tema controverso na doutrina portuguesa refere-se à implementação da fiscalização concreta das omissões legislativas inconstitucionais. J.J. Gomes de Canotilho identifica que o verdadeiro problema não deve residir no *dever normativo-constitucional* do legislador de promulgação de uma lei regulamentadora quanto a um enunciado constitucional específico e não-autoaplicável, mas sim em detectar a proteção jurídica contra as omissões *legislativas inconstitucionais (*2001, p. 339*)*, pois o sistema português não prevê um *direito fundamental à legislação* (2000, p. 1037*),* sendo assim os cidadãos não possuem um instrumento específico para oporem-se ao desrespeito operado pelo legislador que, através do seu silêncio, não concretizou um direito fundamental (CORREIA, 2016, p. 74).

No Brasil, como se depreende da seção anterior, os indivíduos têm como suporte tanto o controle difuso como o concentrado e em comparação com Portugal, pode-se dizer que o sistema brasileiro possui um "(...) *plus* normativo representado pelos mecanismos de proteção de direitos fundamentais (...) mais reforçado" (STRECK, 2002, p. 303). Posto isto, importante expor a posição de alguns doutrinadores quanto à possibilidade do controle concreto como os argumentos contrários a sua inclusão no sistema português.

4.1 A CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA

Jorge Pereira da Silva é favorável à fiscalização concreta, pois refuta a possibilidade da "arrogância" legislativa se sobrepor ao exercício dos direitos fundamentais dos indivíduos que restam inviabilizados pela sua inatividade. Desta forma, prega que este controle decorra da redação do artigo 204º da CRP, que trata sobre a apreciação da inconstitucionalidade (2003, p. 173 e 183).

Ascende a tal entendimento afirmando que do silêncio legislativo não se forma um "vazio", mas que ele ganha uma "natureza, função e efeito de uma norma negativa de exclusão". Isto representa o que doutrinador denomina de *norma implícita*, sendo que esta se desenvolve a partir da união entre uma norma infraconstitucional não executável por si mesma, que em seu conteúdo prescreve um direito fundamental, com a inexistência de lei para conferir a tal norma efeitos concretos (SILVA, 2003, p. 173).

Ou seja, a omissão legislativa tem como corolário a norma implícita e é esta que se torna objeto de fiscalização da constitucionalidade. Como o artigo 204º da CRP refere que os tribunais não estão autorizados a utilizar uma norma inconstitucional, tal norma implícita igualmente não pode ser empregada (SILVA, 2003, p. 177).

Assim, com o reconhecimento da existência de uma norma implícita, como os Tribunais devem julgar concretamente perante uma omissão inconstitucional? Tal questão reporta ao problema existente entre omissões e lacunas. Para Jorge Pereira da Silva, a decisão quanto à inconstitucionalidade de uma omissão resulta em uma lacuna jurídica, devendo o magistrado suplementá-la através dos recursos que estão a sua disposição (2003, p. 200, 205, 206 e 209).

A forma de preenchimento da lacuna difere entre as omissões relativas e absolutas. No caso da omissão que advém da não reposição da igualdade violada pelo legislador, a colmatação é realizada através de uma decisão aditiva, ou seja, o Tribunal partindo da integração de lacunas repõe a igualdade violada (SILVA, 2003, p. 210).

Apenas para pontuar, sentença aditiva é quando o Tribunal Constitucional reconhece a inconstitucionalidade da norma naquilo em que ela deixa de prever quando tinha a obrigação, ampliando ou estendendo ao grupo excluído o direito previsto na norma (CORREIA, 2016, p. 304).

Nos casos de omissão absoluta, o legislador optou por permanecer em completo silêncio, o que também faz surgir uma lacuna, pois não concretizou a norma constitucional atributiva de direitos. Tem como solução a aplicação desta norma diretamente ao caso concreto, devendo-se, para tanto, o tribunal verificar a possibilidade de atribuir eficácia a norma sem a interferência do legislador, ou seja, deve ser realizada uma análise meticulosa da norma, procurando no "(...) seu contexto sistemático um conteúdo imediatamente determinável e que possa ser aplicado na resolução do caso *sub judice*" (SILVA, 2003, p. 225/227).

O objetivo de inclusão no ordenamento português da fiscalização concreta da inconstitucionalidade por omissão é partilhada pelo autor Jorge Miranda, que infere a necessidade deste ser constituído por revisão constitucional. Contudo, diversamente de Jorge Pereira da Silva, entende que a fiscalização deve ocorrer por meio do reenvio prejudicial dos tribunais para o Tribunal Constitucional, por considerar que a aplicabilidade imediata pelos juízes de uma norma ao caso concreto, que cabe apenas ao legislador formular é inviável (2010, p. 387/398).

Em outros dois pontos os autores divergem: para Jorge Miranda a conjugação entre uma norma não exequível com a ausência de uma norma legal não resulta em uma norma implícita, pois estas são "(...) aquelas que se contenham noutras normas, explícitas, e que se descubram pela chamada interpretação enunciativa" (2012, p. 37).

A relação entre lacuna e omissão também é contestada, tendo em vista que para Jorge Miranda as lacunas, em regra, são completadas por analogia, já as omissões não toleram tal tratamento, pois existe mais de uma maneira de a lei concretizar as normas constitucionais, desde que respeitado o núcleo essencial (2010, p. 398/399).

J.J Gomes Canotilho em sua obra busca mais de uma solução com o intuito de combater a lesão causada aos direitos fundamentais dos cidadãos devido à inércia legislativa. Ao tratar do controle concreto da omissão, refere consistir na possibilidade de se intentar nos tribunais o incidente de inconstitucionalidade por omissão, respeitando o mesmo trâmite do controle concreto de atos normativos. Menciona a dificuldade de aplicação na situação em que se identifica uma omissão absoluta, contudo no caso de violação ao princípio da igualdade, se censurável a omissão parcial, o controle poderia ser

realizado referente ao ponto no qual a lei se omitiu, possuindo efeito *inter partes* (2001, p. 344/347).

Elencados todos estes fatores, importa trazer a tona duas discussões que emergem ao se cogitar a inclusão do controle concreto das omissões inconstitucionais no sistema português: a separação de poderes e os efeitos financeiros dos julgados.

4.2 PONTOS DIVERGENTES PARA A APLICAÇÃO DA FISCALIZAÇÃO CONCRETA: A SEPARAÇÃO DOS PODERES E OS EFEITOS FINANCEIROS DOS JULGADOS

A Teoria da Separação dos Poderes se trata de forte construção filosófica, que se integra ao conceito de Estado. É considerada, portanto, um princípio estrutural, estabelecendo os órgãos encarregados do exercício de cada poder, suas respectivas funções e a congeminação destes com as estruturas sociais. Não obstante, a fiscalização concreta da inatividade legislativa seria capaz de abalar esta harmonização entre os poderes?

Nesta perspectiva, Fernando Correia argumenta não ser plausível permitir que um juiz ocupe uma posição que não lhe foi concedido originariamente, pois somente o legislador possui a legitimidade para desempenhar a função de concretização das normas constitucionais (2016, p. 321). Por este ângulo, o controle concreto de omissões parciais e absolutas restaria de todo inviabilizado pela impossibilidade do magistrado atuar de forma positiva.

Mesmo procurando uma lógica para a introdução deste controle, J.J. Gomes Canotilho trata com temeridade a substituição do legislador legitimado por um legislador dito apócrifo, pois tal permuta não é capaz de resolver os problemas de efetivação das normas constitucionais que imponham tarefas sociais e econômicas que são originariamente consagradas ao legislador, diante da necessidade de integração e análise da realidade (como por exemplo, as referentes à saúde). Assim, abranger a tarefa de conformação social positiva ao juiz é, em sua opinião, discutível, pois o envolve em ponderações políticas e morais para emanar suas decisões, o que inevitavelmente rompe com a necessária imparcialidade durante o julgamento em causa (2001, p. 349/350).

Ademais, por ser uma tarefa político-constitucional, se não for manejada exclusivamente pelo órgão legislativo, pode acarretar a não responsabilização do legislador, pois com os juízes assumindo o posto (mesmo que transitório) de legisladores, faz com que este órgão permaneça em uma posição dita “confortável” para restarem inertes e deixarem a cargo do Judiciário sua função de concretização das normas constitucionais.

Outra reflexão negativa quanto a este modelo de controle constitucional refere-se à insegurança jurídica proporcionada pelas decisões exaradas, pois a princípio não existiriam regras gerais impondo limites consequenciais para as decisões, ou seja, cada juiz poderia, frente aos casos concretos, imputar a estes efeitos diversos o que ocasionaria um verdadeiro caos (CORREIA, 2016, p. 321).

Autores como Rui Medeiros (1999, p. 501/502) mencionam ser muito difícil visualizar normas constitucionais que reduzam a quase zero a conformação do legislador, pois lhe são usualmente disponibilizados diversos caminhos a serem traçados para a concretização da norma.

Este autor mantém sua opinião mesmo diante de um ordenamento que necessite restaurar a igualdade, onde inevitavelmente as opções são mais

reduzidas (diante das escolhas manejadas previamente para a edição da lei), visto que geralmente o magistrado irá conceder a todos o direito previsto na legislação, porém nem sempre seria esse o caminho disponível ao legislador (MEDEIROS, 1999, p. 501/502).

Ou seja, mesmo que a solução de concessão do regime mais favorável se filie mais aos ditames constitucionais, importa referir que a imposição legiferante não nulifica a liberdade de conformação do legislador, sendo assim este não está vinculado a sempre conferir aos cidadãos ou grupos o regime mais benéfico. Com isso "(...) uma lei constitucionalmente obrigatória não é sinônimo de uma lei de conteúdo constitucionalmente vinculado". Consequentemente, nada impede que a solução seja a concessão do regime menos favorável, pois tudo dependerá da consideração das possibilidades, isto é, de uma decisão política (MEDEIROS, 1999, p. 502/508).

E com isso apresenta-se o segundo ponto que intervém no caminho da inclusão do controle concreto das omissões legislativas: as consequências das sentenças nas finanças públicas do Estado. Além das implicações quando da ampliação do benefício para os grupos em nome do princípio da isonomia, este problema advém também e principalmente no contexto dos direitos prestacionais em que se alega não poderem existir despesas destinadas ao Estado sem que estas estejam arroladas no Orçamento do Estado.

Neste sentido, afirma-se que despesas não previstas podem acarretar o prejuízo de outras pessoas que não se utilizaram dos mesmos meios para adquirir o benefício, ou sob outra ótica, que tais recursos financeiros poderiam ter sido utilizados para outros objetivos igualmente importantes.

Assim, refere Rui Medeiros que "(...) na medida em que a concretização das normas constitucionais implique escolhas políticas (frequentemente muito delicadas), num quadro limitado de meios financeiros e materiais, a decisão deve estar reservada ao legislador" (1999, p. 510).'

CONCLUSÃO

A construção e o desenvolvimento da inconstitucionalidade por omissão nos meandros constitucionais do Brasil e de Portugal visam a combater a não efetivação dos preceitos constitucionais em vista da essencialidade destas para o desenvolvimento social e a garantia dos direitos e liberdades dos indivíduos. Frente à inexistência de um dever geral de legislar, a inatividade legislativa considerada inconstitucional é aquela que violar um comando que pleiteie de forma específica e certa um dever de concretização (NOVAIS, 2018, p. 94).

Mesmo a inconstitucionalidade por omissão sendo um dos pontos centrais de estabilidade democrática, e instrumento de controle essencial para a eficácia e a efetividade da Constituição, verifica-se que no contexto português é um instrumento desacreditado, com um número irrisório de impetrações, e que diferentemente do mandado de injunção, remédio constitucional implementado pelo Brasil, não fornece aos seus cidadãos a possibilidade de fiscalização concreta do silêncio legislativo.

Assim, frente à força condicionante da Carta Magna, é relevante que Portugal discuta alternativas para o seu sistema de controle constitucional, mostrando-se atento a incessante modificação da realidade social, econômica e cultural do país, que por vezes não é acompanhada pelos poderes eleitos, em

inaceitáveis abstenções legislativas que impedem o exercício dos direitos constitucionalmente previstos.

Desta forma, permitir a inclusão de um controle concreto é não mais aquiescer a uma impotência dos cidadãos portugueses frente ao desrespeito causado pela inação legislativa na concessão de eficácia aos preceitos constitucionais e também nos casos de insuficiência da norma produzida, viabilizando assim um instrumento próprio para provocação da fiscalização da omissão.

O papel atual do Judiciário não é mais de mero aplicador formal do direito. Aos juízes, foi concedida a condição de escudo da sociedade, e o dever destes protegerem os cidadãos contra os avanços indevidos do Estado, e concretizar os direitos e garantias fundamentais (BOCCATO, 2015, p. 68). Posto isto, verificada uma omissão legislativa inconstitucional, o Judiciário deve estar autorizado a viabilizar o exercício dos direitos frustrados.

À vista disso e das tensões palpáveis entre os poderes, deve existir um equilíbrio nas decisões, para que elas e seus efeitos não sejam exclusivamente declaratórios de maneira que se permita a manutenção da violação constitucional, mas igualmente a abrangência da sentença não deve desvirtuar tais posições.

No caso brasileiro, o alcance do controle concreto iniciou timidamente, igualando-se aos efeitos do controle abstrato, porém evoluiu, alcançando a fixação de prazo certo para a edição da medida necessária, até mesmo possibilitando o estabelecimento das condições para o exercício dos direitos e liberdades. O efeito da decisão em regra é *inter partes*, para possibilitar ao cidadão a utilização do direito fundamental frustrado pela omissão legislativa, o que não impede o legislador de elaborar a lei de forma geral, pois sentença proferida não tem o condão limitador.

Por isso, aceitar um controle concreto português implicaria em estabelecer, primeiramente, uma revisão do texto constitucional, com a inserção de uma norma definindo seus parâmetros, como também o ajustando aos demais instrumentos existentes e destinados ao controle de constitucionalidade.

E em sintonia com o proposto por Jorge Miranda, o controle concreto português deve ocorrer através de reenvio prejudicial dos tribunais para o Tribunal Constitucional, pois desta forma há um maior controle das situações e limites das sentenças proferidas, como também uma segurança na interpretação das normas constitucionais.

Ademais, para que os pontos divergentes ao controle concreto da omissão inconstitucional não impeçam a sua execução no sistema português, o órgão julgador deve analisar, no caso concreto, fatores como o grau de generalidade da norma constitucional, o decurso do tempo para a atuação normativa, a urgência da medida, as condições de aplicação sem a intervenção legislativa, dentre outros elementos (SILVA, JÚNIOR, 2018, p. 403).

Com uma postura ativa, consegue-se combater a nociva ineficácia legislativa de forma efetiva, o que acarreta o fortalecimento da Constituição e ao mesmo tempo garante aos indivíduos um instrumento sólido para ter assegurado seus direitos e garantias previstos nos comandos constitucionais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6º ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOCCATO, Esdras. **As deficiências do Poder Legislativo como fator de impulsão do ativismo judicial no Brasil**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. V. 23, n 90. São Paulo: 2015.

BOHNENBERGER, Alan. **O silêncio legislativo na Constituição da República portuguesa, na Constituição da República Federativa do Brasil e na Constituição Européia**. Universidade de Coimbra. Tese de Mestrado. Coimbra, 2004.

BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 12 de maio de 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei nº 13.300 de 23 de junho de 2016*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm> Acesso em 12 de maio de 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm> Acesso em 09 de maio de 2020.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª ed. Coimbra, 2001.

_____.. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7º ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____.. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. II. 4º ed. rev. reim. Coimbra: Coimbra editora, 2014.

CORREIA, Fernando Alves. Justiça Constitucional. Coimbra: Almedina, 2016.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. **El nuevo régimen jurídico de la acção de inconstitucionalidade por omissão**: la ley brasileña nº 12.063, de 27 de octubre de 2009.Direitos Fundamentais e Justiça,Porto Alegre, v. 4, n. 10, jan./mar. 2010.

FLORES FILHO, Luiz Fernando. **21 anos depois e a inconstitucionalidade por omissão é ainda uma decepção**. Revista Bonijuris, Curitiba, v. 22, n. 563, out. 2010.

FONSECA, João Francisco N. da. **O processo de Mandado de Injunção**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 3º ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9º ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão**. In. Revista Direito e Liberdade – ESMARN. v. 14, n.1 – jan./jun. 2012. p. 09/38.
_____... **Manual de Direito Constitucional**. Vol. III, tomo VI. 4º ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra Editora. Coimbra, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34º ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MORAIS, Carlos Blanco. **Direitos Sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro**: activismo judicial momentâneo ou um novo paradigma? Estudos em homenagem ao prof. doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NETO, Celso de Barros Correia. **ADO 25 renova desafio de superação de omissões inconstitucionais.** Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-set-15/ado-25-renova-desafio-superacao-omissoes-inconstitucionais Acesso em 17 de maio de 2020.

NOVAIS, Fabrício Muraro. **Omissão Inconstitucional**: uma análise do dever constitucional de ação dos poderes públicos e a síndrome de inefetividade de Direitos Fundamentais nos 30 anos da Constituição brasileira de 1988. *In*

TAVARES, André Ramos. GAMA, Marina Faraco Lacerda (coord.). **Omissão Inconstitucional**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2018.
PORTUGAL. Constituição, 1976. **Constituição da República Portuguesa de 02 de abril de 1976**. Disponível em < http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso em 10 de maio de 2020.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdãos Inconstitucionalidade por Omissão**. Disponível em < http://w3.tribunalconstitucional.pt/AcordaosV22/> Acesso em 15 de maio de 2020.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 474/02**. Relator Conselheiro Bravo Serra. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020474.html> Acesso em 05 de janeiro de 2017.

SANTOS, Paulo Junior Trindade dos; BALESTRIN, Thelleen Aparecida. **O mandado de injunção no direito constitucional brasileiro**. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 19, n. 33, abr. 2012.

SILVA, Gabriela Costa e. JÚNIOR, Dirley da Cunha**. Efeitos das decisões em ação direita de inconstitucionalidade por omissão**: da possibilidade de prolação de sentenças criativas no controle abstrato das omissões do Poder Público. In Revista de Direito Brasileira. São Paulo, v. 19, n.8, jan/abr, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: livraria do advogado, 2002.

VILLAVERDE, Ignacio. **La inconstitucionalidad por omision de los silencios legislativos**. Anuário de Derecho Constitucional y Parlamentario. nº 08, 1996.

PIOVESAN, Flávia. CHADDAD, Maria Cecília Cury. *Mandado de Injunção*: balanço jurisprudencial e impacto da Lei n. 13.300/2016. *In* TAVARES, André Ramos. GAMA, Marina Faraco Lacerda (coord.). **Omissão Inconstitucional**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2018.

A IMPLEMENTAÇÃO DA AGENDA 2030 E O SEU REFLEXO NA EFETIVIDADE DE UMA INFRAESTRUTURA LOGÍSTICA NACIONAL SUSTENTÁVEL

THE IMPLEMENTATION OF AGENDA 2030 AND ITS REFLECTION ON THE EFFECTIVENESS OF A SUSTAINABLE NATIONAL LOGISTIC INFRASTRUCTURE

Paulo José Leite Farias[10]
Leonardo Peter da Silva[11]

RESUMO: O imperativo da melhoria da infraestrutura logística nacional constitui uma premissa para a maior competividade do país no comércio internacional. No entanto, pouco se fala da relação entre sustentabilidade e melhoria da infraestrutura dos países em geral. A agenda 2030, de forma pioneira e inovadora, coloca esta questão no âmbito global para garantia do crescimento econômico conjugado com a proteção ecológica e o desenvolvimento social dos países. Assim, o presente artigo propõe a análise das metas e objetivos da Agenda 2030 como plataforma de conscientização da melhoria da infraestrutura nacional com ênfase na logística. Para tal objetivo, o artigo detalha a Agenda 2030, buscando analisar de forma pormenorizada as principais metas para a efetividade da implementação de uma infraestrutura logística nacional sustentável, conceito criado com base em princípios já existentes na legislação nacional como logística reversa e protetor-recebedor. Buscando dar concretude ao conceito proposto, é apresentado o bom exemplo do projeto piloto no Rio Tapajós como proposta de modelo integrado de gestão de hidrovias sustentável a ser aplicado pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT.
Palavras-chave: Agenda 2030. Infraestrutura. Logística sustentável.

ABSTRACT: Improving the national logistics infrastructure is a premise for the country's greater competitiveness in trade international commerce. However, it is hard to find articles about the relationship between sustainability and the improvement of the infrastructure in countries. The 2030 Agenda for Sustainable Development, in a pioneering and innovative way, places this issue at the global level to guarantee economic growth with the ecological protection and social development of nations. The present article proposes the analysis of the goals and objectives of the Agenda 2030 as a platform for raising awareness of the improvement of national infrastructure with an emphasis on logistics. For this purpose, the article details the 2030 Agenda, explaining the concept of

[10] Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Brasília e em Engenharia Civil pela Universidade de Brasília. Atualmente é promotor de justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, docente do Centro Universitário IESB e ex-diretor de ensino da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

[11] Mestrando em Direitos Sociais e Processo Reivindicatórios no Centro Universitário IESB, MBA em Administração Estratégica de Sistema de Informação (FGV Management) e Especialista em Gestão para Profissionais da Justiça (FGV-EAESP), Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Brasília e em Engenharia Civil pela Universidade de Brasília. Atualmente é Assessor Jurídico no Conselho Nacional de Justiça.

sustainable logistics in order to analyze the main goals for the effectiveness of the implementation of sustainable logistics, highlighting concepts of national legislation as reverse logistics and “protector-receives” principle. In order to concreteness this concept, it´s showed the analysis of the case of the pilot project in the Tapajós River - one proposal of sustainable integrated model of waterway management to be applied by the National Department of Transportation Infrastructure - DNIT.
Keywords: The 2030 Agenda. Infrastructure. Sustainable logistics.

INTRODUÇÃO

A ONU, avançando na temática relacionada à sustentabilidade, em setembro de 2015, por meio dos representantes dos seus 193 Estados-membros, adotou um novo plano de ação denominado “Transformando o Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”.

Trata-se de uma iniciativa inovadora em que foram anunciados 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), desdobrados em 169 metas correlacionadas. Em nenhum momento anterior, o Planeta esteve diante de uma ação comum de tal magnitude, registrando um esforço integrado de ação local com reflexo mundial.

Por meio da Agenda 2030, os países se comprometeram a promover o desenvolvimento sustentável, através de objetivos e metas bem definidos, que podem ser adotados pelos Estados-membros de acordo com suas especificidades, no intuito de formar uma parceria global orientada às escolhas adequadas para melhorar a vida dos cidadãos do planeta de hoje e do futuro.

Dentre os diversos objetivos apresentados, o ODS-9 guarda especial relação com a proposta desta obra coletiva, ao enunciar a busca pela construção de infraestruturas resilientes promovendo a industrialização inclusiva e sustentável, com fomento a inovação. Este objetivo, olhado a partir do âmbito nacional, permite a boa gestão da riqueza e dos recursos naturais brasileiros, com vistas a um modelo adequado de crescimento econômico e desenvolvimento tecnológico e industrial.

O conceito de infraestrutura é amplo e pode ser visto por vários enfoques. Para o Banco Mundial, pode-se entender a infraestrutura, de forma geral, como a composição de setores com características de economias de escala e externalidades positivas. Assim, nesta caracterização, organiza-se a infraestrutura em três setores: (i) energia elétrica, telecomunicações, serviços de água e esgoto e coleta de lixo; (ii) rodovias e sistemas de irrigação e drenagem e (iii) sistemas de transporte: portos, serviços de transporte ferroviário urbano e interurbano, transporte rodoviário urbano, hidrovias e aeroportos. Neste artigo, procuraremos enfatizar a terceira categoria chamada de infraestrutura logística usando como exemplo o sistema de transporte hidroviário do Rio Tapajós (BANCO MUNDIAL, 1994).

Por sua vez, para a Agenda 2030, o conceito de infraestrutura, termo chave do ODS-9, possui diversas dimensões, dentre as quais podem ser elencadas: transporte, energia, habitação, telecomunicações, água e saneamento. Deve-se destacar que algumas dessas dimensões estão contempladas, também, em outros objetivos específicos, como, por exemplo: ODS-6 (assegurar a disponibilidade e a gestão sustentável da água e saneamento para todos), ODS-7 (assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos) e ODS-11 (tornar as cidades

e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis). As metas do ODS 9 exploram a importância da infraestrutura para o desenvolvimento econômico, sem esquecer de destacar sua importância crucial para a qualidade de vida da população.

Tal preocupação é essencial, pois, se lembrarmos da Revolução Industrial, caracterizada pela inserção das máquinas nas fábricas, no século XVIII, teremos um exemplo histórico de fornecimento de infraestrutura para o aumento da produção, em que o contraponto, para os trabalhadores, foi justamente a redução da qualidade de vida.

Esse momento da história mundial é marcado pela transição da pequena produção para produção em larga escala, mediante novas técnicas e o uso das máquinas. Todavia, houve a necessidade de reação por parte da população, com a sociedade começando a se preocupar com a proteção social do trabalhador, elaborando metas de redução da jornada de trabalho, proibição do trabalho infantil, criação de benefícios previdenciários como o auxílio-doença, dentre outros. Bem mais adiante veio a preocupação com projetos de conservação do meio ambiente, tendo como fundamento o fato de que o desenvolvimento não poderia ser pretexto para uma exploração sem limites dos recursos naturais, acarretando danos irreversíveis ao planeta e às futuras gerações.

A partir desse período histórico, houve aumento exponencial dos níveis de produção e também de consumo, sendo também crescentes os ataques ao meio ambiente tanto pelo uso direto dos recursos naturais como fonte de matéria-prima para o novo modelo de produção em massa quanto pelo descarte de rejeitos industriais e de resíduos produzidos pelos consumidores na natureza, muitas vezes sem nenhum tipo de tratamento adequado (RIBEIRO, 2018, p. 191).

Com o passar dos anos, a proteção ao meio ambiente veio a se tornar elemento essencial dentro do processo de desenvolvimento, a ponto de poder se afirmar que "*toda forma de crescimento não sustentável contribui para redução das liberdades das gerações futuras e, portanto, é naturalmente oposta ao conceito de desenvolvimento em si*"(VARELLA, 2003, p. 43).

Especificamente no caso nacional, o crescimento econômico assimétrico brasileiro faz com que o Brasil ainda se depare com grandes desafios para a expansão da sua infraestrutura, apesar do fato de ser uma das mais importantes economias do mundo. A Agenda 2030 destaca que o investimento em infraestrutura e inovação permite o crescimento e desenvolvimento econômico a curto, médio e longo prazo. Desse modo, haverá uma simetria entre o crescimento econômico, a proteção ambiental e o desenvolvimento social que tornarão mais robustos e constantes os investimentos internacionais no nosso país, bem como a nossa capacidade de resiliência para enfrentar as crises econômicas mundiais, cada vez mais frequentes e longas.

A preocupação com a infraestrutura logística em nosso país é relevante e pode ser constatada a partir de dois claros e recentes exemplos de políticas públicas orientadas para esse fim: a) o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), com vistas a induzir o crescimento, criado pelo Governo Lula/Dilma, marco importante para criação e desenvolvimento de diversas obras essenciais ao desenvolvimento estrutural do país nos últimos anos, b) a criação do Ministério da Infraestrutura pelo Governo Bolsonaro, congregando neste superministério as áreas de transportes (rodoviário, ferroviário, aéreo, portuário e hidroviário), mobilidade urbana, saneamento, energia, petróleo, gás,

mineração e telecomunicações. Em relação especificamente à mudança na estrutura ministerial implementada pelo atual governo, vale destacar que o novo órgão ficou responsável por competências que no Governo Temer estavam esparramadas nos Ministérios de Minas e Energia; Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações e Cidades; e Transportes, Portos e Aviação Civil, além de incorporar a Empresa de Planejamento e Logística (EPL), antes vinculada à Secretaria-Geral da Presidência[12].

Conclui-se, portanto, que independente dos matizes ideológicos, a questão dos investimentos em infraestrutura é um tema que merece extrema atenção no Brasil contemporâneo.

O presente artigo propõe uma maior atenção, conhecimento e implementação da Agenda 2030 para que a logística brasileira - parte da problemática da falta de infraestrutura - cresça de forma saudável e perene. Com tal escopo, detalha no primeiro capítulo a importância e adaptabilidade deste instrumento para a realidade brasileira. Em seguida, explica o conceito combinado de logística sustentável (conceito que integra a gestão eficiente de materiais destinados a uma determinada atividade com a proteção ambiental) para que no Capítulo 3 seja analisada as principais metas da Agenda relacionadas diretamente com o direito difuso a uma infraestrutura logística mínima.

Por fim, no último capítulo destaca o projeto piloto no Rio Tapajós da proposta de modelo integrado de gestão de hidrovias a ser aplicado pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT como exemplo concreto das possibilidades de boas práticas de logística sustentável no Brasil.

AGENDA 2030: importância e adaptabilidade à realidade brasileira

A Organização das Nações Unidas é um fórum privilegiado para produção normativa no que diz respeito ao desenvolvimento sustentável dos países. De modo específico, as diversas conferências realizadas desde a década de 70 do século passado, produziram importantes normas internacionais que versam sobre a proteção da natureza e a promoção do desenvolvimento humano (VARELLA, 2003, p. 51-54).

A ideia de desenvolvimento sustentável – capaz de satisfazer as necessidades sociais atuais sem comprometer o futuro – busca, no âmbito normativo, compatibilizar o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental. Tal abordagem, "*fundamentada na harmonização de objetivos sociais, ambientais e econômicos não se alterou desde o encontro de Estocolmo (1972) até as conferências do Rio de Janeiro, e (...) ainda é válida*" (SACHS, 2000, p. 54).

Oportuno registar que tais normas, ainda que possuam uma fundamentação comum, evoluem no tempo de forma bastante peculiar em relação a cada aspecto a ser protegido e/ou promovido, levando-se sempre em conta que "*o consenso sobre um ponto determinado, em uma convenção*

[12] *QG de Bolsonaro propõe superministério de infraestrutura*. Folha de São Paulo, in <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/10/qg-de-bolsonaro-propoe-superministerio-de-infraestrutura.shtml>, acesso em 05/11/2018 e *Ministério dos Transportes, Portos e Aviação passa a ser o Ministério da Infraestrutura* in <http://www.transportes.gov.br/ultimas-noticias/8222-ministério-dos-transportes,-portos-e-aviação-passa-a-ser-o-ministério-da-infraestrutura.html>, acesso em 16/02/2019.

internacional, contribui para facilitar a obtenção de um consenso sobre este mesmo ponto, em uma convenção posterior e, em seguida, uma possível progressão em vias de um texto mais concreto" (VARELLA, 2003, p. 73).

Assim, de tempos em tempos, os objetivos e metas fixados no plano internacional para o desenvolvimento sustentável são aprimorados, evoluindo passo a passo na busca de conciliar os interesses econômicos, com a melhoria das condições sociais, assegurando um meio ambiente protegido para as futuras gerações.

Neste sentido, a Agenda 2030 tem um alcance e significado sem precedentes. Registrando uma visão de mundo ambiciosa e transformadora, com foco na liberdade e no combate à violência, onde toda vida pode prosperar e em que são assegurados os direitos humanos e sociais a todos, sem distinção de qualquer natureza, o documento "*Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*", texto final aprovado na Cúpula das Nações Unidas, realizada em setembro de 2015, em Nova York, destaca, ainda:

> 9. Antevemos um mundo em que cada país desfrute de um crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável e de trabalho decente para todos. Um mundo em que os padrões de consumo e produção e o uso de todos os recursos naturais – do ar à terra; dos rios, lagos e aquíferos aos oceanos e mares – são sustentáveis. Um mundo em que a democracia, a boa governança e o Estado de Direito, bem como um ambiente propício nos níveis nacional e internacional, são essenciais para o desenvolvimento sustentável, incluindo crescimento econômico inclusivo e sustentado, desenvolvimento social, proteção ambiental e erradicação da pobreza e da fome. Um mundo em que o desenvolvimento e a aplicação da tecnologia são sensíveis ao clima, respeitem a biodiversidade e são robustos. Um mundo em que a humanidade viva em harmonia com a natureza e em que animais selvagens e outras espécies vivas estejam protegidos (ONU BRASIL).

A agenda é municiada de outros instrumentos, sendo expressamente destacado que são reafirmados todos os resultados já alcançados nas conferências e cúpulas anteriores, que criaram uma base sólida para o desenvolvimento sustentável[13]. De modo especial, são reafirmados os princípios

[13] De acordo com o documento supra referenciado, merecem destaque os resultados obtidos na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento; a Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável; a Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social; o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, a Plataforma de Ação de Pequim; e a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável ("Rio+20")", da Quarta Conferência das Nações Unidas sobre os Países de Menor Desenvolvimento Relativo, da Terceira Conferência Internacional sobre Pequenos Estados Insulares em Desenvolvimento; da Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Países em Desenvolvimento Sem Litoral; e da Terceira Conferência Mundial da ONU sobre a Redução do Risco de Desastres.

da “Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento”, com destaque para a regra das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, sendo imperioso observar a necessidade de soluções integradas:

> 13. Os desafios e compromissos que fazem parte dessas grandes conferências e cúpulas são interrelacionados e exigem soluções integradas. Para tratá-los de forma eficaz, é necessária uma nova abordagem. O desenvolvimento sustentável reconhece que a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, o combate às desigualdades dentro dos países e entre os países, a preservação do planeta, a criação do crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável e a promoção da inclusão social estão vinculados entre si e são interdependentes.

O retrato do mundo contemporâneo destaca a importância deste conjunto de objetivos estabelecidos pela ONU:

> 14 (...) O desemprego, particularmente entre os jovens, é uma grande preocupação. Ameaças globais à saúde, desastres naturais mais frequentes e intensos, conflitos em ascensão, o extremismo violento, o terrorismo e as crises humanitárias relacionadas e o deslocamento forçado de pessoas ameaçam 5 reverter grande parte do progresso alcançado na área de desenvolvimento nas últimas décadas. O esgotamento dos recursos naturais e os impactos negativos da degradação ambiental, incluindo a desertificação, secas, a degradação dos solos, a escassez de água doce e a perda de biodiversidade aumentam e agravam a lista de desafios que a humanidade enfrenta. A mudança do clima é um dos maiores desafios do nosso tempo e seus efeitos adversos comprometem a capacidade de todos os países em alcançar o desenvolvimento sustentável. O aumento na temperatura global, a elevação do nível do mar, a acidificação dos oceanos e outros impactos da mudança do clima estão afetando seriamente as zonas costeiras e os países costeiros de baixa altitude, incluindo muitos países de menor desenvolvimento relativo e os pequenos Estados insulares em desenvolvimento. A sobrevivência de muitas sociedades, bem como dos sistemas biológicos do planeta, está em risco.

Busca-se, de forma audaciosa, uma cooperação internacional para garantir o desenvolvimento sustentável de todos os países, sem descuidar da soberania plena e permanente assegurada aos Estados para gerirem sua riqueza, seus recursos naturais e sua atividade econômica.[14]

Oportuno destacar a preocupação de participação efetiva de todos os países para implementação da Agenda 2030, tanto no âmbito interno quanto no plano global, de acordo com as especificidades regionais e respeitadas as

[14] Conforme Sustainable Development Goals (SDG), disponível em <http://www.undp.org/content/undp/en/home/sustainable-development-goals.html>, acesso em 12/12/2018.

diferentes realidades nacionais, níveis de desenvolvimento e asseguradas as prioridades e políticas de cada Estado:

> 21. (...) Respeitaremos a autonomia de cada país no desenvolvimento de políticas nacionais para um crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, em particular para os países em desenvolvimento, mantendo-se consistência com as regras e os compromissos internacionais relevantes. Também reconhecemos a importância das dimensões regionais e subregionais, a integração econômica regional e a interconectividade do desenvolvimento sustentável. Marcos regionais e sub-regionais podem facilitar a tradução eficaz de políticas de desenvolvimento sustentável em ações concretas em nível nacional.
> (...)
> 38. Reafirmamos, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, a necessidade de respeitar a integridade territorial e a independência política dos Estados.[15]

E mais do que a simples atuação e compromisso governamental, foi reafirmada a necessidade de criação de uma parceria global com todas as pessoas e com todos os grupos interessados, conclamando a sociedade civil organizada e os cidadãos de cada nação a darem sua contribuição para mudança que se espera ver implementada:

> 41. Reconhecemos que cada país tem a responsabilidade primária por seu próprio desenvolvimento econômico e social. A nova Agenda lida com os meios necessários para a implementação dos objetivos e metas. Reconhecemos que estes incluirão a mobilização de recursos financeiros, assim como o desenvolvimento de capacidades e a transferência de tecnologias ambientalmente adequadas em condições favoráveis para os países em desenvolvimento, incluindo em termos concessionais e preferenciais, conforme acordados mutuamente. Finanças públicas, tanto nacionais quanto internacionais, desempenharão um papel fundamental na prestação de serviços essenciais e bens públicos e na atração de outras fontes de financiamento. Reconhecemos o papel do setor privado diverso, desde as microempresas e cooperativas até as multinacionais, bem como o papel das organizações da sociedade civil e as organizações filantrópicas na implementação da nova Agenda.[16]

É importante, pois, deixar claro que agenda 2030 não é uma caixa preta inflexível que deve ser aplicada de forma homogênea em todos os países. Ela

[15] ONU (BRASIL). op.cit.

[16] Ibid. Na mesma linha, o Preâmbulo do documento destaca que "*Todos os países e todos os grupos interessados, atuando em parceria colaborativa, implementarão este plano. (...)Ao embarcarmos nessa jornada coletiva, comprometemo-nos a não deixar ninguém para trás. (...)Estamos determinados a mobilizar os meios necessários para implementar esta Agenda por meio de uma Parceria Global para o Desenvolvimento Sustentável*".

apresenta grande adaptabilidade para ser como uma luva moldada aos dedos específicos e concretos de cada país, quer no âmbito da definição de políticas públicas por parte do governo, quer no aspecto da participação e atuação direta das empresas e das organizações da sociedade civil na busca de concretizar cada um dos 17 ODS (Objetivos de Desenvolvimento Sustentável) estabelecidos.

Logística sustentável: conceito integrador da ampliação da infraestrutura com a proteção ambiental e social

Para entendermos o conceito de logística sustentável, estabelecido com base nos objetivos da Agenda 2030, torna-se necessário primeiro a compreensão do que vem a ser logística para depois agregarmos a ideia de sustentabilidade.

Surgido na área militar, o termo 'logística' foi originalmente utilizado pelas forças armadas norte-americanas, durante à segunda guerra mundial, e estava diretamente relacionado ao processo de aquisição e fornecimento de materiais necessários para o cumprimento de uma missão, atendendo a todos os objetivos de combate da época (HONG, 2006).

Nos dicionários, a logística é definida como a "parte da ciência militar que lida com a aquisição, manutenção e transporte de material, instalações e pessoal (WEBSTER DICTIONARY)". ou, de forma mais simples, "como a organização teórica da disposição, do transporte e do abastecimento de tropas em operações militares (HOUAISS)". Trazido para o ambiente empresarial, a logística é definida como "a parte da gestão da cadeia de suprimentos que planeja, implementa e controla o fluxo eficiente e economicamente eficaz de mercadorias, serviços e informações relacionadas desde o ponto de origem e até o ponto de consumo, no intuito de atender aos requisitos e exigências dos clientes"[17].

Assim, como bem sintetizado por Ronald Balou, "a missão da Logística é dispor a mercadoria ou serviço certo, no lugar certo, no tempo certo e nas condições desejadas, ao mesmo tempo em que fornece condições de competitividade à empresa (BALOU, 2001, p. 21)".

Por sua vez, a ideia de desenvolvimento sustentável foi elaborada a partir do relatório da Comissão Mundial de Meio Ambiente e Desenvolvimento em 1987, denominado "Relatório Nosso Futuro Comum". Logo nos primeiros parágrafos do documento o desenvolvimento sustentável é apresentado como um princípio orientador das Nações Unidas, governos, empresas, organizações da sociedade civil e demais instituições privadas, que "implica em atender às necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras atenderem às suas próprias necessidades".[18]

---

[17] Definição extraída do Glossário do Council of Supply Chain Management Professionals: "*Logistics management is that part of supply chain management that plans, implements, and controls the efficient, effective forward and reverses flow and storage of goods, services and related information between the point of origin and the point of consumption in order to meet customers' requirements*.", disponível em <https://cscmp.org/CSCMP/Educate/SCM_Definitions_and_Glossary_of_Terms/CSCMP/Educate/SCM_Definitions_and_Glossary_of_Terms.aspx?hkey=60879588-f65f-4ab5-8c4b-6878815ef921>, acesso em 24/02/2019 (livre tradução)

[18] "*Believing that sustainable development, which implies meeting the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs, should become a central guiding principle of the United Nations, Governments and private institutions, organizations and enterprises*".

Em outras palavras, o conceito de desenvolvimento/consumo sustentável está relacionado ao modo de utilização racional dos recursos atualmente existentes. Usar no presente, sem abusar, para que possamos permitir que as gerações futuras também tenham acesso aos recursos naturais. Como bem destacado por Adriano Fernandes Ferreira:

> A obrigação de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações envolve a necessidade de mudança imediata nos padrões de produção e consumo, mas essa mudança não significa uma negação ao desenvolvimento. Ao contrário, esse objetivo deve ser garantido de forma sustentável, através da boa gestão do meio ambiente (FERREIRA, 2016, p. 14-15).

Unindo as duas ideias apresentadas, o conceito de logística sustentável amarra a infraestrutura a uma política pública orientada ao desenvolvimento sustentável, abarcando as três dimensões básicas da sustentabilidade: social, ambiental e econômica.

A logística sustentável busca, pois, garantir infraestrutura nacional ao fluxo de mercadoria ou serviço certo, no lugar certo, no tempo certo e nas condições desejadas que garantam competitividade internacional, ao mesmo tempo em que fornece condições de proteção ambiental, econômica e social. Isoladamente, cada um dos conceitos de logística e de sustentabilidade já exigem muito planejamento e integração de atuação estatal e empresarial. Conjugados estes conceitos ampliam a necessidade desta sinergia.

Especificamente, no caso do Brasil, a Constituição da República estabelece, em seu artigo 170, que a Ordem Econômica tem como princípio basilar a preocupação com a proteção do meio ambiente. Assim, as atividades econômicas, dentre elas a sua gestão de infraestrutura, devem ser desenvolvidas sem perder de vista as futuras gerações, estando limitadas pelo impacto ambiental que os produtos e serviços, bem como seus processos de elaboração e prestação, podem gerar:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (...)
> Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (BRASIL, 1988).

World Commission on Environment and Development. **Our Common Future**. Disponível em <http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>, acesso em 24/02/2019, livre tradução.

A necessária limitação da economia à proteção ecológica é essencial, conforme destaca Maria de Fátima Ribeiro:

> Enquanto a economia preocupa-se com a lei da oferta e da procura com a busca de novos mercados, no meio ambiente o comportamento humano muitas vezes pode gerar um impacto ambiental provocado pelo desenvolvimento de determinada atividade econômica, se não forem observados os cuidados com a proteção ambiental (RIBEIRO, 2009).

De forma convergente, como registrado na introdução deste trabalho, a interligação entre sustentabilidade e proteção social é defendida por Ignacy Sachs para evitar os abusos da revolução industrial do século XVIII:

> São seis aspectos que servem para nortear o desenvolvimento sustentável: 1) a satisfação das necessidades básicas; 2) a solidariedade com as gerações futuras; 3) a participação da população envolvida; 4) a preservação dos recursos naturais e do meio ambiente em geral; 5) a elaboração de um sistema social garantindo emprego, segurança social e respeito a outras culturas, e 6) programas de educação (SACHS *apud* FERREIRA, 2016, p. 14-15).

Oportuno destacar que, ao tratar da logística sustentável, é importante estar atento ao que a doutrina define como externalidades, ou seja, os efeitos sociais, econômicos e ambientais, indiretamente causados pela venda e distribuição de um produto ou serviço. Como exemplo, podemos constatar que "a apropriação dos recursos naturais no processo produtivo, sem a devida compensação ecológica e ambiental, resulta em falhas de mercado denominadas externalidades negativas (FERREIRA, 2016, p. 14)". Por outro lado, tais externalidades também podem apresentar efeitos colaterais positivos. Especificamente, no que diz respeito ao objeto principal deste artigo, o Banco Mundial destaca que uma a boa infraestrutura contribui como uma externalidade positiva para os setores da economia ligados a competividade do país no comércio interno e internacional.

A grande virada no que diz respeito ao desenvolvimento, então, está em buscar um crescimento econômico que, ao contrário de uma externalidade negativa, torne-se por meio da logística sustentável, um instrumento positivo para a proteção social e ambiental, amparado no tripé defendido por Ignacy Sachs: prudência ecológica, eficiência econômica e justiça social (SACHS *apud* FERREIRA, 2016, p. 20).

A ideia de sustentabilidade, portanto, deve sempre ser percebida a partir de um olhar transdisciplinar, tripartida nas suas vertentes ambiental, econômica e social. E mais do que isso, quando não atingido o padrão tridimensional, não é possível definir um processo como sustentável, pois, quando bidimensional, será, no máximo: a) viável, quando presentes as vertentes econômica e ambiental; b) equitativo, caso em que encontrado o aspecto socioeconômico; ou c) suportável, quando notado o sentido socioambiental (RIBEIRO, 2018, p. 223).

O crescimento econômico, isoladamente considerado, permite o aumento da capacidade produtiva da economia, com ou sem infraestrutura mínima. Entretanto, o crescimento só pode ser prolongado no tempo (sustentável) se

houver uma logística planejada para curto, médio e longo prazo. Assim, “as tecnologias devem ser geridas e aprimoradas a fim de proporcionar uma nova era de crescimento econômico sustentável (FERREIRA, 2016, p. 21).

Pensar em uma logística sustentável, além disso, é extrapolar os simples limites da cadeia produtiva tradicional que termina com a entrega do produto ao consumidor. A ideia de logística reversa deve ser implementada para que haja efetivamente uma logística sustentável.

No Brasil, o caminho para trilhar este conceito já foi desbravado pela Política Nacional de Resíduos Sólidos, que assim estabelece:

> Art.3º (...)
> XII - logística reversa: instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada (BRASIL, 2010).

De acordo com a Patrícia Guarnieri:

> Ela (logística sustentável) operacionaliza o retorno dos bens de pós-consumo, bem como os de pós-venda, que são descartados pelos consumidores, de forma a buscar a revalorização desses bens na medida do possível, ou quando isso não é mais possível, destiná-los a locais ambientalmente adequados como aterros sanitários. Para isso são necessárias atividades como coleta, triagem, embalagem, estocagem e novamente o transporte.[19]

Ou seja, mais logística do que antes! A eficiência deve ser buscada não só na entrega do produto ao consumidor como na devolução deste ao produtor ou o seu descarte sustentável após a utilização.

Conforme o espírito da Agenda 2030, o processo de logística reversa responsabiliza não só o setor público, mas, também e principalmente, o setor privado na gestão da logística do produto pós-consumo. Busca, pois, uma parceria entre os diferentes setores da sociedade com ênfase especial nos setores mais pobres.

Nesse aspecto, há que se destacar, a título exemplificativo, o trabalho desenvolvido por catadores na gestão dos resíduos sólidos. Tal atividade se mostra como elemento concreto da realidade brasileira na implementação da Agenda 2030 e da logística sustentável. E o catador, que atua diretamente dentro da cadeia produtiva da reciclagem de materiais, pode ser enquadrado como exemplo de “protetor-recebedor”, mais um conceito essencial à compreensão e implementação de modelos sustentáveis:

> O princípio protetor-recebedor surge para complementar ou

[19] Entrevista com Patrícia Guarnieri, autora da obra Logística Reversa: em busca do equilíbrio econômico e ambiental. Joinville: Clube de Autores, 2011, disponível em < http://patriciaguarnieri.blogspot.com/2011/08/entrevista-com-patricia-guarnieri-sobre.html>, acesso em 24/02/2019.

> substituir a mera proibição e incentivar a cultura de ações positivas (ALTMANN,2012). Ele busca motivar financeiramente, por instrumentos fiscais, creditícios ou tributários, quem protege o meio ambiente (HUPFFER;WEYERMULLER; WACLAWOVSKY, 2011). (...) Além disso, sua aplicação no campo da gestão ambiental mostra-se promissora em razão de sua eficácia e da geração de bons resultados em curto prazo (MERICO, 2002) que garantem uma logística sustentável, além de ser menos onerosa do que a correção de uma futura degradação (YOSHIDA,2005), diminuir os gastos públicos e contribuir para a coletividade (FURLAN, 2008). (GUTIERREZ, 2017)

Em síntese, a logística sustentável, alinhada ao desenvolvimento sustentável, "implica em uma política ambiental com diversas ações que visam a preservação e melhoramento ambiental e, diretamente, da vida humana (FERREIRA, 2016, p. 23)".

Diante disto, a Agenda 2030, buscando harmonizar o desenvolvimento econômico aliado à conservação ambiental, estabeleceu a necessidade de "assegurar a proteção duradoura do planeta e de seus recursos naturais (ONU BRASIL)".

É um imenso desafio dado não só a Brasil, mas a todos os 170 países signatários da Agenda 2030.

Metas da AGENDA 2030 relacionadas ao Direito da Infraestrutura Logística

Ao desmembrar o já citado ODS9, a Agenda 2030 apresenta 9 metas específicas, dentre as quais, merecem ser destacadas:

> 9.1 Desenvolver infraestrutura de qualidade, confiável, sustentável e robusta, incluindo infraestrutura regional e transfronteiriça, para apoiar o desenvolvimento econômico e o bem-estar humano, com foco no acesso equitativo e a preços acessíveis para todos.
> (,,,)
> 9.4 Até 2030, modernizar a infraestrutura e reabilitar as indústrias para torná-las sustentáveis, com eficiência aumentada no uso de recursos e maior adoção de tecnologias e processos industriais limpos e ambientalmente adequados; com todos os países atuando de acordo com suas respectivas capacidades
> 9.5 Fortalecer a pesquisa científica, melhorar as capacidades tecnológicas de setores industriais em todos os países, particularmente nos países em desenvolvimento, inclusive, até 2030, incentivando a inovação e aumentando substancialmente o número de trabalhadores de pesquisa e desenvolvimento por milhão de pessoas e os gastos público e privado em pesquisa e desenvolvimento.

Como alerta o próprio sítio eletrônico da Agenda 2030, “investimentos em infraestrutura e em inovação são condições básicas para o crescimento econômico e para o desenvolvimento das nações”.

A preocupação com o desenvolvimento de uma infraestrutura de qualidade, confiável, sustentável e robusta é um meio de assegurar a implementação de um modelo de logística com foco em sustentabilidade, garantindo que o fluxo de mercadorias e serviços seja eficaz e eficiente ao longo de todo o trajeto que liga produtores/prestadores de serviço a consumidores/clientes.

Há que se ter em conta que a modernização da infraestrutura, além do investimento na modificação das indústrias em si - com novas linhas de produção limpas e ambientalmente adequadas, bem como com desenvolvimento de maquinários menos poluentes a partir dos avanços da tecnologia -, também deve estar atenta aos meios pelos quais os produtos e os serviços prestados pelas empresas chegam até o consumidor/usuário, ou seja, com a efetiva implementação de uma logística sustentável.

Como registrado na meta 9.1, é necessário que o desenvolvimento da infraestrutura se concretiza tanto no âmbito regional como além-fronteiras, viabilizando que o acesso aos produtos e serviço seja equânime e a um custo acessível para todos. Como alerta Bauman, “num planeta aberto à livre circulação de capital e mercadorias, o que acontece em determinado lugar tem peso sobre a forma com as pessoas de todos os outros lugares vivem, esperam ou supõem viver” (BAUMAN, 2007, p. 12).

O progresso tecnológico, em especial a promoção de eficiência energética alinhada à inclusão social, é ponto chave na busca de soluções para os desafios econômicos e ambientais relacionados à implantação de uma logística com foco na sustentabilidade. Especificamente no que diz respeito à logística, é essencial se pensar em meios de transporte com combustíveis alternativos e menos poluentes, bem como em alternativas para o modelo rodoviário para cobrir grandes distâncias.

Nesse ponto, como adiantado na introdução, o ODS-9 está diretamente relacionado com o ODS-7, que, ao visar assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos, propõe o aumento substancial da participação de energias renováveis na matriz energética global, com a consequente expansão da infraestrutura e modernização da tecnologia para o fornecimento de serviços.

Há que se ter em conta que a concentração atmosférica de gás carbônico (CO_2 – dióxido de carbono) atingiu números recordes, em decorrência dos processos produtivos que recorrem a queima de combustíveis fosseis (tanto na indústria quanto nos veículos automotores), extrapolando a capacidade de absorção dos sistemas naturais do planeta. Tal alteração impacta significativamente o aquecimento global e é notada pelas alterações climáticas atualmente intensificadas no planeta (RIBEIRO, 2018, p. 198).

E para modificação desse cenário, é necessário se buscar a excelência em avanços tecnológicos, promovendo acesso à informação, bem como a difusão do conhecimento, a fim de que o desenvolvimento sustentável saia da teoria dos livros e salas de aula e seja concretizado na realidade do dia-a-dia dos cidadãos.

Neste contexto, torna-se essencial que as pesquisas sejam aplicadas e os resultados divulgados não só para a comunidade científica, mas para todos

os atores do sistema de produção, a fim de que ocorra, paulatina e continuamente, a migração para um modelo de infraestrutura de qualidade, confiável, sustentável e robusta que atenda aos anseios de hoje e daqueles que virão.

Uma vez mais, é preciso destacar que a sustentabilidade está diretamente relacionada à responsabilidade e ao dever que nós, contemporâneos, como agentes causais, assumimos para com aqueles que virão por nossos atos cujas dimensões impliquem repercussões de longo prazo (JONAS, 2006, p. 91-92).

Nesse ponto, merece destaque a logística reversa detalhada no tópico anterior. E aí, mais uma vez, é possível constatar a integração entre os diversos objetivos da AGENDA 2030, pois a preocupação com a coleta e a restituição dos resíduos para reaproveitamento ou outra destinação final ambientalmente adequada é medida que, além de caracterizar a preocupação com as futuras gerações, impacta diretamente, por exemplo: a) no anseio de assegurar a disponibilidade de água potável e saneamento para todos, preconizada pelo ODS-6, dado que os rejeitos não serão lançados nos cursos de água, e b) na busca por tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis, tal qual estabelecido pelo ODS-11, visto que o lixo será adequadamente tratado.

Tal qual os diversos documentos que a antecederam, a AGENDA 2030 tem como grande desafio não ser apenas uma carta de boas intenções, um "discurso sem concretude" legitimador dos modelos exploratórios atuais com pequenas melhorias, mas sem efetivas alterações (ROCHA, 2008, p. 112).

Para que se apresente uma resposta autêntica aos desafios atuais para o desenvolvimento sustentável é necessária uma verdadeira revolução política, social e cultural, reorientando a produção e o consumo: "o que está em questão é a maneira de viver daqui em diante sobre esse planeta, no contexto da aceleração das mutações técnico-científicas e do considerável crescimento demográfico (GUATTARI, 1990, p. 8-9)".

No intuito de concretizar a viabilidade de um projeto de logística sustentável, alinhada com os objetivos delineados pela AGENDA 2030, passamos a apresentar um novo modelo para o escoamento da produção de graus por meio de hidrovia, em substituição aos meios tradicionais de transporte.

O PROHIDRO como exemplo concreto das possibilidades de boas práticas de logística sustentável no Brasil

Em dezembro de 2018 foi lançado o Edital do Projeto Piloto para implantação do Programa Integrado de Monitoramento de Hidrovias – PROHIDRO – a ser desenvolvido na Hidrovia do Rio Tapajós, trecho entre Itaituba e Santarém, com extensão aproximada de 280 km (DNIT).

Nesta proposta inicial, buscar-se-á o monitoramento de informações em um modelo a ser facilmente replicado, após amadurecimento, em outras hidrovias:

> Serão monitoradas as seguintes informações: variação do nível d'água e velocidades de correntes; imageamento do rio; dados meteorológicos e sedimentológicos; acompanhamento e registro da operação das Instalações Portuárias Públicas de Pequeno Porte – IP4 – sob jurisdição do DNIT. Além disso, será instalado um Centro de Monitoramento Operacional e haverá

> divulgação de registros aos usuários e instituições parceiras, como Marinha do Brasil, Serviço Geológico Nacional (CPRM), Centro Gestor e Operacional do Sistema de Proteção da Amazônia (CENSIPAM) e Agência Nacional de Águas. Com essas ferramentas, espera-se monitorar o tráfego de embarcações, do ponto de vista operacional, aumentar a segurança da navegação e melhorar a análise dos ciclos hidrológicos. Assim será possível montar uma série histórica confiável e de fácil acesso para planejar intervenções estruturadas de manutenção e ampliação da capacidade da via, bem como prevenir e amenizar os efeitos de cheia e vazante na navegação e operação dos terminais. O Rio Tapajós foi escolhido como piloto pela integração com a BR-163, que teve impacto expressivo no aumento da utilização da hidrovia, mesmo antes de intervenções do Governo Federal na infraestrutura. Além disso, o sistema será testado em uma hidrovia relativamente curta, de 280 quilômetros de extensão. A intenção é que o modelo, depois de amadurecido, seja implementado em todas as principais hidrovias brasileiras sob responsabilidade do DNIT (CARVALHO, 2018, p. 162).

E qual a importância de todas essas medidas? O PROHIDRO é uma iniciativa que busca desenvolver uma rede de informações do setor hidroviário o mais completa e atualizada possível no intuito de garantir a eficiência na gestão, na operação e no planejamento de uma rede hidroviária com nível de serviço adequado, gerando confiabilidade e desenvolvimento para este sistema de transporte específico (CARVALHO, 2018, p. 162).

Nesse ponto, o leitor deve estar se questionando, mas qual a aplicação prática desse sistema hidroviário a ser desenvolvido no país?

O agronegócio é hoje de fundamental importância para o crescimento do país, tendo o modelo agrícola brasileiro se expandido rapidamente, tanto no que diz respeito ao plantio, quanto no volume de produção. Apenas como exemplo, segundo dados da Companhia Nacional de Abastecimento - CONAB, a área plantada de soja no Estado do Tocantins aumentou de 535,9 mil hectares para 1,37 milhão de hectares em 2017, ao passo que a produção dessa oleaginosa cresceu de 646,5 mil toneladas para 2 milhões de toneladas ao longo de 10 anos, entre as safras 2006/2007 e 2016/2017 (BARROS, 2018). Em 2017/2018, o total de grãos produzidos no país foi de 228,3 milhões de toneladas e a produção nacional de soja alcançou o recorde de 119.281,4 mil toneladas, representando um aumento de 4,6% em relação à safra anterior. Destaque especial para o Estado de Mato Grosso, maior produtor do país, que apresentou números inéditos, culminando com um total 32.306,1 mil toneladas do grão (CONAB, 2018, p. 108-110).

Apenas pelos exemplos acima registrados, constata-se que, o setor agropecuário apresenta grandes volumes que precisam ser transportados do local de produção para os centros de consumo, tanto nacionais quanto internacionais. A identificação e caracterização de corredores logísticos estratégicos no território brasileiro é essencial, pois, se pensarmos apenas no aspecto econômico, os custos logísticos impactam diretamente na competitividade. Todavia, estudos já demonstraram que a gestão de tráfego e de transportes na navegação, incluindo a interface com outros meios de

transporte, além do aumento da competitividade, garante, também, a otimização do uso da infraestrutura, o aumento da segurança e a redução da emissão de poluentes (CARVALHO, 2018, p. 161-164).

Ou seja, o modelo intermodal de transportes para o escoamento da produção agroindustrial é um meio de concretização do conceito de logística sustentável apresentado neste artigo.

Apenas para se ter ideia do impacto ambiental da proposta, estudo apresentado no último Congresso de Pesquisa e Ensino em Transporte da ANPET, realizado em novembro de 2018, comparou, como alternativa logística no escoamento da produção de soja da fronteira agrícola do MATOPIBA (Maranhão, Tocantins, Piauí e Bahia), as rotas rodoviária e hidroviária, do ponto de vista da emissão de Gases do Efeito Estufa, em especial o Dióxido de Carbono (CO2) resultante da queima de combustíveis fósseis[20].

Com base em relatórios técnicos, os veículos de carga atualmente utilizados nas rodovias analisadas apresentam um consumo médio de combustível da ordem de 0,27 a 0,29 litros/km, ao passo que o consumo de cada comboio fluvial usado na hidrovia estudada é de 21,647 litros/km. Todavia, um comboio tem capacidade para transportar 12.000 toneladas de soja com um único empurrador, sendo necessários 210 caminhões de nove eixos ou 375 caminhões de seis eixos para escoar a mesma quantidade de grãos[21].

A partir desses dados e com amparo na avaliação da emissão de CO2 ao longo de todo ano de 2016 na BR 153/TO, no trecho entre Gurupi/TO e Marabá/PA, bem como no cálculo da emissão anual de CO2 pelo comboio fluvial adequado à hidrovia do Rio Tocantins, foi possível constatar que, em relação ao aspecto ambiental, o modo hidroviário mostrou-se capaz de emitir 67,32% menos CO2 do que o modo rodoviário de escoamento da produção. Além disso, outros estudos já demonstraram que, sob o aspecto econômico, a utilização da hidrovia também é vantajosa, pois o frete rodoviário é estimado em R$ 0,102 por t/km, ao passo que o frete hidroviário é da ordem de R$ 0,042. Conclui-se, pois, que "*ampliar a participação das hidrovias na matriz de transporte brasileira, além de reduzir o custo financeiro, pode reduzir o custo ambiental do frete* (BARROS, 2018, p. 539)".

Daí a importância do projeto piloto que vem sendo desenvolvido pelo PROHIDRO, pois a partir da medição e análise conjunta dos parâmetros estudados, aliados às informações operacionais, será possível definir subsídios para dimensionar possíveis soluções quanto ao desenho das hidrovias, bem como os equipamentos adequados para cada trecho navegável (CARVALHO, 2018, p. 161-169).

Desse modo, será possível viabilizar condições mais seguras para utilização de hidrovias e rodovias, planejando as operações de modo mais preciso e fornecendo recursos para o planejamento de uma infraestrutura logística sustentável, que otimize os aspectos econômicos e ambientais de cada

[20] O estudo "Comparação de Emissão de CO2 entre os Modos Rodoviário e Hidroviário – Ensaio sobre o Corredor Norte/Eixo Tocantins" está indicado nas referências bibliográficas e pode ser consultado, na íntegra, em <http://www.anpet.org.br/anais?=Pol%C3%ADticas%20P%C3%BAblicas%20e%20Transporte%20I>

[21] Dados extraídos do "Inventários Nacional de Emissões Atmosféricas por Veículos Automotores Rodoviários 2013 – Ano Base 2012", elaborado pelo Ministério do Meio Ambiente em 2013, e do "Estudo dos custos de transporte hidroviário no Brasil", editado pela Empresa de Planejamento e Logística.

modal de transporte na busca de suprir as necessidades atuais com o mínimo de impacto para as futuras gerações.

CONCLUSÃO

A logística sustentável deve ser um norte de todo o sistema de infraestrutura brasileiro para que o Brasil possa ganhar vantagem competitiva internacional, respeitando a sua vocação de país com rica biodiversidade e inúmeros desafios de proteção social.

A Agenda 2030 pode e deve ser incorporada nas políticas públicas de infraestrutura para que a logística de transporte seja conjugada com o crescimento econômico inclusivo e sustentada. Agir localmente com esta política terá impacto global positivo no combate ao aquecimento global e permitirá a consecução de vários objetivos de desenvolvimento global. O Brasil também estará participando, deste modo, de uma parceria global solidária para a melhoria da qualidade de vida de todos os povos.

A integração da Economia e da Ecologia trazida pela logística sustentável permite um crescimento contínuo, persistente sem percalços sazonais para a prestação de serviços essenciais para a população brasileira e atrai capital internacional ávido por países economicamente estáveis com sistema de distribuição eficaz de mercadorias e serviços. O cliente quer o produto e o serviço ecologicamente adequado no local e no momento certo, a logística sustentável permite a satisfação desta necessidade transindividual.

Do mesmo modo da logística reversa e do princípio do protetor-recebedor, a eficiência econômica e ambiental pode ser alcançada por meio da logística sustentável. Sem investimentos saudáveis em infraestrutura e inovação não pode haver crescimento econômico com proteção social. A logística do futuro exige um fluxo saudável entre produtores/prestadores de serviço e consumidores e clientes.

O PROHIDRO, programa integrado de monitoramento de hidrovias, aumenta a segurança e eficiência do transporte de cargas no Brasil, especialmente do agronegócio, principal responsável pelo crescimento econômico da balança comercial brasileira. Este modelo intermodal de transportes para o escoamento da produção agroindustrial do Estado do Mato Grosso é um laboratório federativo bem sucedido a ser replicado em todo o território nacional com o intuito de tirar do papel o desenvolvimento sustentável previsto na Agenda 2030 e moldá-lo a realidade social e ambiental brasileira.

As hidrovias eficientes representam uma concretização do trinômio: eficiência econômica, prudência ecológica e justiça social. A maior eficiência econômica demonstra-se no menor frete quando se compara com o modal rodoviário. Já a prudência ecológica fica por conta da menor emissão de CO2, gás de efeito estufa. Por fim, a justiça social conecta-se ao menor preço do alimento em um país em que boa parte da população tem sua renda comprometida na rubrica da alimentação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALLOU, Ronald H.. **Logística Empresarial**: transportes, administração de materiais e distribuição física. São Paulo, Atlas, 2001.

BANCO MUNDIAL. **World Development Report 1994**: Infrastructure for Development, Washington: World Bank, 1994.

BARROS, Bruna; CARVALHO, Eliezé; MELO, Wesley, SANTOS, Elayne; BRASIL, Augusto César. **Comparação de Emissão de CO2 entre os Modos Rodoviário e Hidroviário – Ensaio sobre o Corredor Norte/Eixo Tocantins**. In: Anais do 32º Congresso de Pesquisa e Ensino em Transporte da ANPET, 2018, disponível em <http://www.anpet.org.br/anais?=Pol%C3%ADticas%20P%C3%BAblicas%20e%20Transporte%20I>, acesso em 24/02/2019.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>. Acesso em 23/02/2019.
BRASIL. Lei n. 12.305/2010. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm> Acesso em 23/02/2019.

CARVALHO, Eliezé; BARROS, Bruna; CALAÇA, Murielly; SANTOS JÚNIOR, Sérgio. **Proposta de Modelo para Gestão Adaptativa Integrada de Hidrovias**. In: Anais do 32º Congresso de Pesquisa e Ensino em Transporte da ANPET, 2018, disponível em <http://www.anpet.org.br/anais?=Pol%C3%ADticas%20P%C3%BAblicas%20e%20Transporte%20I>, acesso em 24/02/2019.

FERREIRA, Adriano Fernandes. **Análise da Gestão dos Resíduos Sólidos Urbanos no Brasil sob uma Perspectiva Tributária**. São Paulo: PerJuris, 2016.

GUATTARI, Félix. **As Três Ecologias**. Campinas-SP: Papirus, 1990.

GUTIERREZ, Raffaela Loffredo; FERNANDES, Valdir; RAUEN, William Bonino. **Princípios protetor-recebedor e poluidor-pagador como instrumentos de incentivo à redução do consumo de água residencial no município de Curitiba (PR)**. Eng. Sanit. Ambient., Rio de Janeiro , v. 22, n. 5, p. 899-909, Oct. 2017 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-41522017000500899&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 24/02/2019.

HANS, Jonas. **O Princípio da Responsabilidade:** ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto Ed PUC-Rio, 2006.

HONG, Yuh Ching. **Gestão de estoques na cadeia de logística integrada**: supply chain. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

HOUAISS, A. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, versão on-line disponível em <https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#1>, acesso em 24/02/2019.

ONU. **Sustainable Development Goals (SDG)**, in http://www.undp.org/content/undp/en/home/sustainable-development-goals.html , acesso em 12/12/2018.

ONU (BRASIL). Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em <http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030-completo-site.pdf >, acesso em 29/11/2018.

RIBEIRO, Alfredo Rangel. **Direito do Consumo Sustentável**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

RIBEIRO, Maria de Fatima. **Tributação ambiental no desenvolvimento econômico**: considerações sobre a função social do tributo. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6623>. Acesso em 24/02/2019.

ROCHA, João Carlos de Carvalho. **Direito Ambiental e transgênicos**: princípios fundamentais da biossegurança. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SACHS, Ignacy. **Pensando sobre o desenvolvimento na era do meio ambiente.** In: CAMINHOS para o desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.

VARELLA, Marcelo Dias. Direito Internacional econômico ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
WEBSTER DICTIONARY, disponível em <https://www.merriam-webster.com/dictionary/logistics>, acesso em 24/02/2019, livre tradução.

WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT. **Our Common Future**. Disponível em <http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>, acesso em 24/02/2019.

DIREITO DOS ANIMAIS: uma análise da necessidade da expansão da proteção jurídica em face da senciência animal e da dignidade animal.

ANIMAL LAW: an analysis of the need to expand legal protection in the face of animal sentience and animal dignity.

André Barbosa de Oliveira[22]
Katia Rocha Salomão[23]

RESUMO: O presente estudo versa analisar os direitos dos animais em face da senciência animal e da dignidade animal no sistema normativo brasileiro, buscando solucionar a principal problemática do presente artigo, que seria compreender se existe a necessidade da expansão da proteção jurídica em território pátrio. Nesse sentido, sendo incluso dinamicamente a relação do homem com os animais ao longo da história humana, apresentando diversas abordagens de vários filósofos que culminaram ao desenvolvimento do conceito da senciência animal presente na filosofia moderna de Peter Singer, além do especismo do homem que se considera superior a outras espécies e como a mesma impacta no normativismo; e por fim como forma de solucionar os problemas em nosso ordenamento jurídico será comparado leis já vigentes em outros países que já adotam os animais como sujeitos de direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Animal. Legislação. Animais. Senciência. Dignidade.

ABSTRACT: The present study aims to analyze the rights of animals in the face of animal sentience and animal dignity in the Brazilian normative system, seeking to solve the main problem of this article, which would be to understand if there is a need for the expansion of legal protection in Brazilian territory. In this sense, the relationship between man and animals is dynamically included throughout human history, presenting several approaches by various philosophers that culminated in the development of the concept of animal sentience present in the modern philosophy of Peter Singer, in addition to the speciesism of man who considers himself superior other species and how it impacts normativism; and finally, as a way of solving the problems in our legal system, we will compare laws already in force in other countries that already adopt animals as subjects of rights.

[22] Acadêmico do curso de direito do Centro Universitário Univel.
[23] Professora associada do Centro Universitário Univel, onde atua no ensino de Filosofia Geral e Jurídica, Filosofia da Educação, hermenêutica jurídica e áreas afins. Possui especialização em Filosofia Política e Jurídica (UEL-2006), Mestrado na área de Filosofia (UNESP-2008), com ênfase em ética e filosofia política. Doutora em Filosofia (UNIOESTE-2019) com ênfase nos aspectos éticos e políticos.

KEYWORDS: Animal Law. Legislation. Animals. Sentience. Dignity.

INTRODUÇÃO

Os animais são denominados objetos de direito de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, sendo protegidos apenas com a função de servir o homem e regular a natureza, o ser humano ignora o fato de ser uma espécie animal, acaba julgando-se superior a outras espécies e prioriza o seu lucro econômico acima do meio ambiente.

Ao decorrer do trabalho será observado os diversos posicionamentos filosóficos a respeito do Direito Animal, sendo analisado o vínculo do homem e dos animais através da história da humanidade com o foco em compreender a teoria especista de Peter Singer e como a mesma impacta no normativismo.

Após analisar a filosofia por trás do Direito Animal, o presente trabalho busca comparar as leis nacionais com leis internacionais de países que já aderem os animais como sujeitos detentores de direito, e assim, relevando a importância do Direito Animal no nosso sistema normativo.

Será observado que a espécie humana, quando em conflito com os animais, geralmente tende a ser mais beneficiada, deixando evidente um certo resguardo em relação a proteção dos animais em território pátrio, entretanto, será demonstrado se a legislação vigente é eficaz em tutelar no que tange à defesa dos animais, levando em consideração as leis que já são utilizadas e demonstram eficiência em diversos países que são abordados no decorrer do trabalho.

Por fim compreender em face a senciência e a dignidade animal ensejando a maior problemática do presente artigo: se os animais merecem serem reconhecidos como sujeitos de direito, possuindo direito a defesa de sua vida, ou seria sua dignidade senciente apenas relativa e por isso o mesmo continua sendo meio para fim da existência humana?

2 REFLEXÕES ÉTICAS E FILOSÓFICAS SOBRE OS DIREITOS DOS ANIMAIS

O hábito de conviver com os animais se deu início na Idade Média nos séculos XVII e XVIII, naquele tempo, era normal encontrar animais silvestres em suas residências como as doninhas, macacos, esquilos, papagaios, porcos e ovelhas; para os camponeses esta prática garantia uma fonte de alimento e de dinheiro, era comum os pais darem de presente uma ovelha para sua criança quando ela se comportava bem, já os gatos não eram considerados animais de estimação, sua única função era espantar os ratos das

proximidades, enquanto os nobres consideravam os animais um artigo de luxo, por serem transportados de outros continentes estes animais demonstravam sua nobreza, sua riqueza e seu poder. (SANCHES, 2008).

No Brasil, com a chegada dos portugueses, os índios que detinham grande conhecimento sobre os animais da fauna brasileira, foram convencidos a auxiliar os portugueses na captura destes espécimes para que então pudessem retornar para a Europa, onde os navios eram carregados com espécimes nunca vistas antes, com plumas e peles exóticas; os nobres europeus começaram então a utilizar como adereços em suas vestimentas.

Poucas leis foram criadas desde a época do Brasil-Colônia, compreendida entre o período de 1530 a 1822, em 1830 o Brasil-Império da origem ao primeiro Código Penal, que tipificou alguns crimes ambientais, todavia nada abordava sobre os animais. (SICK, 1997).

No decorrer da história humana, os seres humanos nunca tiveram o mesmo posicionamento acerca dos animais, o animal sempre foi explorado como instrumento e objeto para o proveito do homem, ao analisar o homem como uma espécie animal, surgem várias indagações sobre como o direito deve agir.

De acordo com Gomes e Chalfun (2018) os animais nem sempre foram considerados como seres sencientes; diversas correntes filosóficas são observadas no decorrer dos tempos e conforme o avanço do homem essas teorias foram se moldando e se adaptando, visando o privilégio do ser humano em relação ao meio ambiente.

Segundo Safranski (2001), na antiguidade, alguns animais eram venerados como Deuses e Pitágoras defendia a reencarnação de almas em animais, atualmente a filosofia da reencarnação animal ainda está presente nas tradições indianas; posteriormente, Platão e Aristóteles colocavam o homem superior à natureza e aos animais, tendo como finalidade apenas servir ao homem, sendo o homem o único com a concepção do bem e do mal, em sua criação ‘’A Política’’, Aristóteles classificava o homem superior ao animal devido à sua racionalidade. (ARISTÓTELES, 2007).

Com o transcorrer dos anos, pensamentos positivos aos animais começaram a surgir, como o que pregava Montaigne (1533 a 1592) que detinha a compreensão de que um homem que possuía prazer em matar e praticar atos cruéis contra animais possuía uma natureza voltada à crueldade, prezava também pelo respeito dos animais e que as leis deviam ter relações com as outras espécies animais (MONTAIGNE, 2000).

Emmanuel Kant (1724 a 1804) possuía pensamento similar a Montaigne, em que o ser humano é um ser capaz de diferenciar o bem e o mal, além de racional era também moralmente capaz, caso praticasse atos de crueldade contra animais, esse homem teria possibilidades superiores de ser cruel contra a própria espécie humana, esse argumento da crueldade é ainda utilizado nos

dias atuais, além de seu princípio Kantiano com relação à lei universal, o qual se encaixa na defesa dos animais. (KANT, 2009).

Apesar de avanços positivos serem evidentes, também houve retrocessos, como o que ocorreu com o filósofo René Descartes (1596 a 1650) que criou o conceito do animal máquina, que igualava os animais a meras máquinas de uso do ser humano, como fontes de alimentos e objetos de experimentos científicos. Para ele, o homem se diferenciava dos animais pela presença da mente, possuindo assim uma alma separada e portando simultaneamente matéria e intelecto, portanto negando a racionalidade dos animais e seus sentimentos.(DESCARTES, 1986).

No século XVII, segundo Rousseau (1754), contestava-se o conceito do animal máquina, já considerando os animais seres sencientes, partindo da temática liberdade, onde homens e animais em um ambiente de natureza seriam perfeitos, entretanto, com o avanço da humanidade houve uma quebra nesse elo puro, sendo instaurando instabilidades na sociedade.

Avançando um período na história, no século XVIII, Jeremy Benthan (1789), defendia o respeito aos animais e também considerava que a dor do animal era a mesma de um ser humano, ou seja, a senciência animal; o mesmo também alega que os animais possuem o direito de serem respeitados e que são detentores de direitos por serem sencientes e não por sua racionalidade, não obstante, Arthur Schopenhauer, século XIX, defendia que apesar de faltar razão nos animais, os mesmos possuem a mesma natureza humana.

Apesar da visão antropocêntrica na antiguidade, a maior parte dos filósofos arcaicos defendia a percepção de que era errôneo maltratar os animais, em toda a evolução humana o antropocentrismo esteve presente, o antropocentrismo parte da compreensão em que o ser humano se projeta superior a todas as demais espécies, sendo que as espécies restantes só existem com o único propósito de servir a espécie humana; esta visão ficou conhecida a partir de Peter Singer como visão Antropocêntrica.

2.1 ASPECTOS DO ANTROPOCENTRISMO

O aspecto antropocêntrico ainda é predominante nos tempos modernos em relação ao ser humano e aos animais, sendo possível difundir esta corrente antropocêntrica em dois modelos: o antropocentrismo radical e o moderado; o antropocentrismo radical parte do princípio que o ser humano é o único ser do planeta a ter um valor moral atribuído a sua existência, onde as outras espécies não passam de meros recursos para a satisfação em prol da vida humana, conforme aponta Naconecy:

> [...] A visão radical do antropocentrismo está fundamentada na concepção de que apenas os humanos possuem valor moral a ser considerado, sendo seus interesses os únicos relevantes. Considera injustificada qualquer restrição da autonomia ou da inteligência criativa humana, o que torna a espécie uma ameaça à vida não-humana, à matéria inanimada, e à própria autonomia no planeta. (NACONECY, 2003, p. 29).

De acordo com Costa (2007), o segundo modelo, o antropocentrismo moderado, busca a proteção do meio ambiente, com o intuito de favorecer a qualidade de vida do homem, ou seja, existe a devida proteção ambiental, mas somente com o propósito final de colaborar com a espécie humana, portanto, seu objetivo é a defesa de forma moderada em situações de conflito de interesses humanos com as demais espécies, de qualquer modo, a superioridade do homem sempre predomina; os dois modelos administram a natureza como um mecanismo à mercê do homem, além de que foram utilizadas ao longo dos anos ao redor do globo, resultando em diversos aspectos negativos contra os princípios éticos e morais do ser humano.

O crescente movimento do direito animal despertou o questionamento de diversas pessoas em face aos animais no globo inteiro, gerando assim uma atenção com os animais domésticos e também selvagens, atualmente, devido ao fator da globalização atrelado ao desenvolvimento da humanidade a aflição com o impacto ambiental e como isso acaba afetando gerações futuras faz com que os seres humanos se preocupem com a forma que tratam os animais.

Fato é que gradativamente a conscientização do ser humano se transformou positivamente, contudo novos pensamentos surgiram e se desenvolveram, e devido a este grande progresso, diversas correntes surgiram, algumas correntes que merecem menção no presente trabalho são: o Biocentrismo, o Ecocentrismo e o Sensocentrismo.

O Biocentrismo é caracterizado pelo pensamento de que defende todo e qualquer ser vivo, essa corrente considera que todo ser vivo é merecedor de um valor próprio, foi a porta de saída da visão antropocêntrica do mundo, segundo Levai:

> Contrários à ideia de que apenas os seres humanos são titulares de direito, os biocentristas sustentam que o ambiente também possui importância jurídica própria. Eles também incluem os animais no nosso leque de preocupações morais, porque o animal merece consideração pelo que é pelo carácter ímpar de sua existência e pelo fato de, simplesmente, estar no mundo (LEVAI, 2010, p.129).

O Ecocentrismo, atribui além da necessidade de uma preocupação moral com os seres vivos, também a preocupação com o meio ambiente de forma geral, o mesmo está ligado ao movimento da ecologia profunda que reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos.

Para os ecocêntricos, o mundo é intrinsecamente dinâmico, uma rede interconectada de relações nas quais não há entidades absolutamente discretas e não há linhas divisórias absolutas entre o mundo vivente e o mundo não-vivente, seres inanimados e animados, ou mundo humano e não humano. (KOTLINSKI, 2010).

Por fim, e de extrema importância o Sensocentrismo, que tem como fundamento e base de sustentação do direito animal o conceito da senciência, conforme Medeiros (2013) a senciência se caracteriza como a capacidade e a forma que um ser detém de receber e transmitir sensações como a dor e o prazer, ou seja, seriam percepções conscientes sobre o que acontece em suas proximidades, gerando assim satisfação ou frustação.

O animal senciente tem a capacidade incontestável de possuir uma consciência mínima do que está acontecendo ao seu redor, desejando que a sensação continue ou acabe; na maioria das vezes esse entendimento se aplica aos animais vertebrados, devido ao seu sistema nervoso desenvolvido, entretanto, alguns países já adotam os polvos, lulas e alguns outros animais aquáticos como animais sencientes assegurando-lhes a devida proteção legal.

> [...] Se um ser sofre, não pode haver justificação moral para recusar ter em conta esse sofrimento. Independentemente da natureza do ser, o princípio da igualdade exige que ao seu sofrimento seja dada tanta consideração como ao sofrimento semelhante - na medida em que é possível estabelecer uma comparação aproximada - de um outro ser qualquer. Se um ser não é capaz de sentir sofrimento, ou de experimentar alegria, não há nada a ter em conta. Assim, o limite da senciência (utilizando este termo como uma forma conveniente, se não estritamente correta, de designar a capacidade de sofrer e/ou, experimentar alegria) é a única fronteira defensável de preocupação relativamente aos interesses dos outros (SINGER, 2008, p.24).

O obstáculo momentâneo é superar a herança antropocêntrica que muitos seres humanos ainda possuem, conscientizar de maneira racional e objetiva a defesa desses animais não humanos é o primeiro passo, sendo que o direito caminha lado a lado da sociedade, do tempo e da cultura, o ordenamento jurídico deve, portanto, se adaptar com base na ética e na moral de maneira que promova o fim da exploração animal em prol do ser humano.

Embora a grande herança cultural do ser humano de se colocar no centro do mundo acima de tudo, alguns doutrinadores buscam a igualdade entre o

homem e o animal, Peter Singer se destaca na luta dos Direitos dos Animais com base na senciência e o especismo.

2.2 Peter Singer: Animais Como Seres Sencientes

Na contemporaneidade, Peter Singer destaca-se na luta da liberdade em prol dos animais, com fundamento no princípio da igualdade, define a sensibilidade como parâmetro para a defesa do princípio, para Singer (1975) é preciso resguardar os interesses de seres sensíveis não pertencentes à espécie humana; por outro lado, quando o normativismo jurídico exclui os animais, o legislador está incorrendo na mesma discriminação de outrora contra outros grupos étnicos, isto é, ocorre o especismo.

Desde os primórdios a nossa espécie tem-se colocado superior às demais espécies que coexistem em nosso planeta, Singer (1975) destaca o termo especismo como a forma discriminatória pela qual seres humanos tratam seres de outras espécies animais como seres inferiores; também afirma que ao longo da história da humanidade diversos grupos da nossa própria espécie não usufruíam de seus direitos básicos.

Tais direitos não eram protegidos por uma legislação, seus direitos fundamentais não existiam, as mulheres, os negros, e os demais grupos que divergem em relação à religião ou sexualidade fazem parte desses grupos, e que após muitas lutas, sofrimento e evolução social; para Singer (1975) todos eles foram incluídos como sujeitos de direito e tiveram seus direitos básicos e fundamentais reconhecidos, atualmente, tal preconceito é visto como um ato repugnante e quando ocorrem geram um olhar crítico e logo são combatidos pela moral e pelo olhar da ética, todavia, quando se trata dos animais, estes ainda se encontram excluídos do rol de tais direitos, já que são considerados inferiores por se tratarem de outra espécie.

O especismo é um termo que foi criado por Richard D. Ryder em um panfleto em 1975 e posteriormente publicado por Ryder em sua obra Victims of Science, desde então Peter Singer o utiliza em todos os seus textos publicados (FELIPE, 2001); o termo especismo remete-se a forma pela qual os seres humanos tratam outras espécies de forma discriminatória, similar ao racismo e ao sexismo, como se existissem somente para servir a espécie humana ou meramente por crueldade.

Especismo, ainda é uma nova forma de etnocentrismo, de acordo com Meneses (1999) o etnocentrismo é um preconceito que cada sociedade ou cultura produz em seus membros, em formato de normas e valores peculiares, onde somente há um modo certo, e as outras sociedades que se diferem são caracterizadas como “aberrações”; sendo assim o etnocentrismo julga outros povos e culturas pelos seus padrões impostos, ou seja, a identificação de um indivíduo com sua sociedade induz a rejeição das outras.

Quanto ao especismo de acordo com Ryder:

> [...] Especismo e racismo são formas de preconceito que se baseiam em aparências - se o outro indivíduo tem um aspecto diferente deixa de ser aceito do ponto de vista moral. O racismo é hoje condenado pela maioria das pessoas inteligentes e compassivas e parece simplesmente lógico que tais pessoas estendam sua inquietação por outras raças também para outras espécies. Especismo, racismo (e até mesmo sexismo) não levam em conta ou subestimam as semelhanças entre o discriminador e aqueles a quem ele discrimina e ambas as formas de preconceito expressam um desprezo egoísta pelos interesses de outros e por seu sofrimento. (RYDER, 1975, p. 40).

A compreensão da igualdade para Singer baseia-se no valor da vida em geral, compara o valor de uma vida com outra, onde ambos os interesses sejam considerados moralmente relevantes.

Peter Singer, apresenta uma comparação entre a dor sofrida de um bebê humano e de um cavalo, de acordo com Singer (1975), se aplicar uma dor de igual intensidade em um animal indefeso, como por exemplo, um bebê humano, e considerarmos tal ato condenável, portanto, é condenável infligir dor de igual intensidade a outra espécie animal, se não formos especistas.

> [...] Se se der uma palmada forte no flanco de um cavalo, o animal pode estremecer, mas, presumivelmente, sentirá uma dor diminuta. A sua pele é suficientemente dura para o proteger de uma mera palmada. No entanto, se se der a um bebê uma palmada de igual intensidade, o bebê chorará e, presumivelmente, sentirá dor, pois a sua pele é mais sensível. Por isso, é pior dar uma palmada a um bebê do que a um cavalo, se ambas as palmadas forem administradas com igual força. Mas deve existir um tipo de pancada - não sei exatamente qual será, mas talvez uma pancada com um pau pesado - que causa a um cavalo tanta dor como causa a um bebê a tal palmada. É isso que pretendo dizer ao referir "uma dor de igual intensidade", e, se consideramos errado infligir gratuitamente essa dor a um bebê, deveremos, se não formos especistas, considerar igualmente errado infligir gratuitamente uma dor de igual intensidade a um cavalo. (SINGER, 1975, p.29).

Em seu livro Libertação Animal, Singer também defende a continuação de experimentos em animais somente em casos de comprovada urgência e de necessidade, do contrário, Singer preza a abolição de todos os experimentos em animais e sugere uma substituição alternativa.

Com base nos fatos de que o ser humano não é o único ser capaz de sentir dor, sofrimento e emoções, refletimos dentro do contexto da moralidade e ética ambiental, o conceito da senciência, principal pilar que observa o animal não humano, como um possível detentor de direitos, em especial, o Direito Animal busca esses direitos os quais os animais carecem de direitos fundamentais que deveriam estar presentes em suas vidas de início ao fim.

3 ASPECTOS DO DIREITO ANIMAL

A espécie humana surgiu a milhares de anos e os animais vêm acompanhando o homem durante esta trajetória evolutiva desde então, o homem primitivo que detinha a necessidade de caçar para sobreviver e evoluiu para uma cultura agrícola e pecuarista, portanto, passou a conviver pacificamente com outras espécies animais e reconhecer suas características, os domesticando; com a domesticação o homem desperta os sentimentos de empatia e compaixão por seus animais zelando pelo seu bem-estar.

Conforme Fodor (2016) os sistemas nervosos dos outros animais evoluíram tal qual como o humano, apesar de que eles não possuem a mesma capacidade cognitiva que um ser humano, os animais detêm capacidade de sentir e possuem certo grau de cognição, o que os torna passiveis de sofrimentos físicos e mentais; o cérebro humano é altamente desenvolvido, tornando a nossa espécie o animal mais inteligente do planeta Terra, o cérebro do homem é capaz de processar pensamentos profundos como a autoconsciência e também de compreender sentimentos naturais como o amor, ódio, felicidade e tristeza.

O ser humano é a única espécie animal que pode lutar pelo direito de outras espécies como o respeito, a liberdade, a vida, crueldade e maus tratos; neste sentido, as demais espécies não-humanas carecem de uma legislação coerente com seus valores básicos, tendo sua dignidade respeitada e seus direitos reconhecidos, ao proporcionar uma vida digna ao animal até a sua morte.

Gomes e Chalfun (2018), acreditam sinceramente que a ética e a moral tem extrema relevância na defesa dos animais, o homem enraizado na cultura do pensamento antropocêntrico, adota os animais como objetos de direito e, assim acaba favorecendo o benefício somente do ser humano, na sociedade ocidental algumas das práticas em que os animais são protagonistas são: os experimentos científicos e medicinais, o entretenimento, alimentos, esportes e vestuários, por este motivo, o legislador ambiental ao tentar proteger as demais espécies, apenas garante a conservação da biodiversidade e não os valores éticos e morais dos animais como a existência, autonomia, respeito, igualdade e muitos outros.

O Direito Animal alveja um novo ramo em nosso sistema normativo, traz em sua essência a compaixão, sentimento de simpatia com o propósito de aliviar o sofrimento de outro ser senciente; esta categoria do direito busca construir a

igualdade para todos os seres vivos, por considerar os animais como seres sencientes, isto é, capazes de sentirem dor e prazer, os mesmos merecem a igual consideração de um direito fundamental e valores básicos atribuídos a um ser humano. (GOMES, CHALFUN, 2018).

O Direito nada mais é do que uma invenção humana que tem como fundamento equilibrar o convívio social, baseado em valores e ideias que afrontam a conduta destrutiva do ser humano, portanto, a virtude de transformar a nossa jurisprudência é um dever moral da nossa espécie que detém imensa capacidade cognitiva capaz de conviver pacificamente com outras espécies e representar seus direitos básicos, necessários e fundamentais.

A principal base dos direitos dos animais é sustentada pela Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada pela UNESCO em 1978, assinado por diversos países, inclusive o Brasil, que reconheceu direitos básicos e fundamentais dos animais, constituiu um padrão ético e moral acerca dos Direitos dos Animais, sendo de extrema importância e relevância mencionar um trecho da declaração no presente artigo, sendo os primeiros dois artigos da declaração:

> ARTIGO 1:
>
> Todos os animais nascem iguais diante da vida, e têm o mesmo direito à existência.
>
> ARTIGO 2:
>
> a) Cada animal tem direito ao respeito.
>
> b) O homem, enquanto espécie animal, não pode atribuir-se o direito de exterminar os outros animais, ou explorá-los, violando esse direito. Ele tem o dever de colocar a sua consciência a serviço dos outros animais.
>
> c) Cada animal tem direito à consideração, à cura e à proteção do homem.

O ordenamento jurídico pátrio trata os animais como objetos de direitos, contudo, não ocorre nos tribunais do Brasil uma teoria pacificada a este respeito, e por isso, apesar de não serem sujeitos de direito, não possuem um respeito em sua defesa íntegra como animais sencientes que estão presentes em nossas vidas, a Constituição Federal de 1988, atribuiu-lhes natureza difusa e coletiva, fato é que existem entendimentos diversos, os quais relevam a importância do presente artigo.

Existe o entendimento que trata os animais como sujeitos de direito sendo representados por ações civis públicas e pelo Ministério Público, todavia, devido à sua natureza difusa e coletiva, a mesma acaba não surtindo o real efeito necessário na proteção dos Direitos dos Animais; oposta corrente compreende

que os animais não são sujeitos de direito ou gozam de dignidade, mesmo que de modo parcial com base na legislação vigente.

Apesar das correntes serem opostos, ambas carecem de uma legislação a tutelar dos animais, com base no apresentado, o próximo passo do presente artigo é apresentar as leis já vigentes no Brasil de modo que fique evidente a real necessidade de um novo sistema normativo do Brasil, o Direito dos Animais; comparando com outros países que já aderem os mesmos como sujeitos de direito a verossimilhança estará evidente a carência de legislação pátria.

3.1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DOS ANIMAIS NO BRASIL

Todas as leis são frutos de uma construção social que resguardam um processo de evolução relativo ao seu tempo, necessidade e consciência, as leis brasileiras fazem parte desta metamorfose que ainda se encontram em fase evolutiva com o passar do tempo.

De acordo com Medeiros e Albuquerque (2013), a primeira Constituição brasileira de 1824[24], tempos em que predominava a monarquia, nada mencionava sobre o meio ambiente em geral, a falta de uma legislação ambiental se deu ao fato da extração das riquezas do Brasil que ainda aconteciam e eram enviadas ao Império Português, respectivamente a Constituição Federal de 1891[25] marcou a transição da monarquia para a república, atribuindo a União competência de regular sobre alguns bens naturais.

Somente em 1916 com a promulgação do Código Civil, tivemos um grande marco na história do direito ambiental que serviu de estopim para um direito ambiental mais complexo, como a Constituição de 1934[26], que por outro lado acrescentou à União a proteção de florestas, atividades relativas à pesca e caça e suas respectivas águas nacionais, tal proteção também se estendeu aos Estados, os quais, também poderiam legislar de forma complementar, infelizmente a Constituição de 1937[27] também não legislava nada sobre o meio ambiente. (FODOR, 2016).

Em 1943[28] foi instituído o Código de Caça em que não se podia caçar durante um prazo de 7 (sete) meses para a recomposição da fauna, classificava os caçadores como profissionais que visavam o lucro e os amadoristas, os quais eram os que caçavam por desporte, sucessivamente, na Constituição de

[24] BRASIL.Constituição Política do Império do Brazil. Outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 07.09.2020.
[25] BRASIL.Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 07.09.2020.
[26] BRASIL.Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 07.09.2020.
[27] BRASIL.Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Outorgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 07.09.2020
[28] Decreto Lei nº 5.894, de 20 de outubro de 1943. Aprova e baixa o Código de Caça. Disponível em: <senado.gov.br>. Acesso em: 07.09.2020.

1946[29] a União acrescentou os minerais do subsolo a sua proteção e competência; entretanto no ano de 1967[30], com a nova Constituição, a caça profissional foi banida, sendo aceita somente a caça amadorista; a Lei nº 5.197/67 ficou conhecida como “Lei de Proteção à Fauna” e definiu a fauna silvestre como “os animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento que vivem naturalmente fora do cativeiro”; os homens que caçavam e sobreviviam dessa renda sustentada dos animais passaram então a comerciar estes animais clandestinamente, entretanto mantinha-se a visão econômica e antropológica da proteção ambiental, em seu primeiro artigo ficou explicito que:

> Art. 1º - Os animais de quaisquer espécies em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais são propriedade do Estado, sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha.

Segundo Silva (2018) em 1983 foi implementada a Lei n° 7173, de 14 de dezembro de 1983 a primeira lei brasileira sobre o funcionamento de zoológicos, nela estava prevista que os zoológicos passariam a ser um local de preservação de espécimes, e deveriam atender os requisitos de cada espécie, anteriormente à 1983, os zoológicos eram vistos apenas como um mostruário de animais.

Com a execução da nova lei, fora descoberto os participantes no tráfico de animais e seu *modus operandi,* as pessoas envolvidas no comércio ilegal de animais silvestres estão divididas da seguinte forma: apanhadores (caboclos, índios, lavradores e ribeirinhos); distribuidores (barqueiros, pilotos de pequenos aviões, caminhoneiros e motoristas de ônibus); comerciantes (feirantes, donos de pet shops, criadores ilegais e avicultores) e consumidores (zoológicos, criadores, circos, aquários, laboratórios, turistas e população brasileira) (RENCTAS, 2002)[31].

Somente a partir da Constituição Federal de 1988, o Ministério Publico obteve a devida competência de agir civilmente, administrativamente e penalmente na proteção difusa e coletiva do meio ambiente, dispondo assim em seu artigo 225, da Constituição Federal de 1998:

> **Art. 225.** Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade

[29] BRASIL.Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 07.09.2020.

[30] BRASIL.Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 15 de março de 1967. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 07.09.2020

[31] Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Animais Silvestres será comumente citada como RENCTAS seguida do ano da publicação no site oficial.

> o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
> **§ 1º** Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
> **VII** - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (CF, 1988).

Assim como a Lei nº 9605 de 1998 que define os Crimes Ambientais de fauna e flora, além de diversas leis esparsas como as leis municipais de diversos estados, relevando o interesse crescente pelos direitos dos animais, a Lei 9.605/98: dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências; ao todo são 82 artigos que compõem a Lei 9.605/98, atualizando assim as leis preexistentes e esparsas, por meio do rito sumário demanda mais rapidez ao julgar os crimes ambientais de menor potencial ofensivo por se enquadrarem no rol das pequenas causas, a proteção animal em crimes contra a fauna e flora, estão previstos nos dispositivos dos artigos 29 ao 37 da mesma lei.

Atualmente o Senado recém aprovou o Projeto de Lei 27/2018 que classifica os animais como sujeitos de direito, os mesmos não serão tratados como bens móveis em casos de divórcio, por exemplo, e por tal motivo integrarão a vara de família e também o Projeto de Lei 1.095/2019 já sancionada, que aumenta a pena de maus-tratos de cães e gatos, podendo chegar até 05 anos de reclusão.

Referente à evolução normativa contextualizada historicamente pelo Brasil, observa-se uma crescente preocupação com o meio ambiente, entretanto, a visão antropocêntrica econômica acaba aumentando a ineficácia de um tratamento especial à natureza, a dignidade é um direito fundamental da espécie humana, compreender que a dignidade pode ser aplicada não somente ao animal humano seria a iniciativa de uma gama de direitos voltados aos demais seres vivos sencientes.

O Brasil é o país detentor do título da maior biodiversidade animal e vegetal do mundo, entretanto há um certo retrocesso em questões legislativas referentes aos animais pelo fato de tratarmos eles como objetos de direito em nosso ordenamento jurídico, estes acabam não usufruindo de seus direitos morais básicos como o respeito e a liberdade, o país que devia servir de exemplo deve-se espelhar em legislações já vigentes em outros países.

3.2 O Direito Animal em outros Países

Em âmbito legislativo internacional, diversos países se demonstram relativamente mais avançados a respeito do presente tema comparados ao

Brasil. Em Portugal, com o advento da Lei nº 8/2017, os animais já aderiram o caráter de sujeitos de direito, assim alterando diversas leis portuguesas que serão abordadas durante o presente trabalho.

Segundo Rabay (2017), a lei nº 8/2017 de Portugal se demonstra relativamente avançada comparada ao Brasil em questão do auxílio à defesa dos direitos dos animais, abrange diversos deveres dos proprietários dos animais, os quais devem assegurar seus direitos de bem-estar, provendo água, comida e cuidados veterinários, a mudança da lei afeta também os animais da pecuária e tais descumprimentos podem ocasionar de multas até a prisão do infrator.

A Lei nº 8/2017 resguarda a capacidade dos animais de serem elencados como objetos de propriedades, afirma em seu Código Civil no art. 1305º -A que: "O proprietário de um animal deve assegurar o seu bem-estar e respeitar as características de cada espécie e observar, no exercício dos seus direitos, as disposições especiais relativas à criação, reprodução, detenção e proteção dos animais e à salvaguarda de espécies em risco, sempre que exigíveis‘'.

Portugal possui uma abordagem muito interessante em seu artigo 1323, o qual preza por restituir o animal encontrado a seu dono ou avisá-lo do achado, se desconhecer o dono deve-se anunciá-lo de forma conveniente, o dono tem o prazo de um ano para reclamar o animal, a contar do anúncio; caso o dono restitua o animal, quem achou tem direito à indenização do prejuízo havido e das despesas, o dono só é responsabilizado em casos em que haja dolo ou culpa grave, por fim, quem achou pode ficar com o animal em casos em que haja fundado maus-tratos por parte do dono; não obstante, quem agredir um animal em Portugal é obrigado a pagar uma indenização para suprir todos os gastos das despesas do tratamento do veterinário a quem resgatou ou ao dono, além de que o roubo de um animal pode acarretar até 3 anos de prisão.

> Artigo 1323.º [...]
> 1 — Aquele que encontrar animal ou coisa móvel perdida e souber a quem pertence deve restituir o animal ou a coisa a seu dono ou avisá-lo do achado.
> 2 — Se não souber a quem pertence o animal ou coisa móvel, aquele que os encontrar deve anunciar o achado pelo modo mais conveniente, atendendo ao seu valor e às possibilidades locais, e avisar as autoridades, observando os usos da terra, sempre que os haja.
> 3 — Para efeitos do disposto no número anterior, deve o achador de animal, quando possível, recorrer aos meios de identificação acessíveis através de médico veterinário.
> 4 — Anunciado o achado, o achador faz seu o animal ou a coisa perdida, se não for reclamada pelo dono dentro do prazo de um ano, a contar do anúncio ou aviso.
> 5 — Restituído o animal ou a coisa, o achador tem direito à indemnização do prejuízo havido e das despesas realizadas.

> 6 — O achador goza do direito de retenção e não responde, no caso de perda ou deterioração do animal ou da coisa, senão havendo da sua parte dolo ou culpa grave.
> 7 — O achador de animal pode retê-lo em caso de fundado receio de que o animal achado seja vítima de maus-tratos por parte do seu proprietário.

Com base em Correa (2019), recentemente Portugal, no dia 30 de setembro de 2018, adquiriu mais uma conquista ao proibir o sacrifício de animais em canis públicos, a lei rege que o animal abandonado ou encontrado nas ruas possui o prazo de 15 dias para ser declarado por seus donos, a partir do momento em que são resgatados os animais tem 15 dias para então serem encaminhados para centros de adoção, antes desta norma os animais eram sacrificados em até 08 dias caso houvesse a lotação do respectivo canil.

A União Europeia tem um controle bem severo em relação aos animais, os animais domésticos antes mesmo das vacinas devem passar por um processo obrigatório de implantação de microchip de identificação, desse modo, informações dos proprietários ficam salvas em um banco de dados que pode ser utilizado em casos de perda, sumiço ou abandono. (CORREA, 2019).

De acordo com Presse (2018), a partir de 2019 as autoridades do Reino Unido decretaram, por meio do Departamento de Meio Ambiente, Alimentação e Assuntos Rurais (DEFRA), que os pets shops não poderão vender filhotes de cães e gatos, quem quiser comprar ou adotar um cão ou gato que tenha menos de 6 meses deverá buscar um criador licenciado ou uma casa de adoção, esta lei teve 95% de aprovação popular devido a um incidente que ocorreu em 2013 onde uma cachorra de raça estava sendo mantida e torturada em um criadouro ilegal de filhotes, felizmente foi salva, a lei ficou conhecida como Lucy's Law.

A legislação dos animais nos Estados Unidos da América culminou devido às diversas pesquisas científicas sobre os criminosos mais perigosos do seu país, estas pesquisas afirmavam que esses criminosos já demonstravam sinais de agressividade que começavam na sua infância, contra diversos tipos de animais, isso impactou severamente as leis americanas, provando assim que os pensamentos de Kant e Montaigne estavam muito à frente de seu tempo.

> Perceberam, enfim, que muitos dos criminosos periculosos dos estados pesquisados começaram, na infância, a demonstrar sinais de agressividade, tal qual seria a agressão a qualquer tipo de animal, por exemplo. Com isso, insurgiram diversas pesquisas, onde, sob a ótica da lei americana, os animais passaram a ser considerados como propriedade e isso culminou em profundo impacto na forma como a lei tratava sobre certo tipo de animal (seja doméstico, silvestre ou para fins pecuários). (ANDRADE, 2015).

Afirma Andrade (2015), que nos Estados Unidos da América, os estados possuem sua própria legislação, há ao menos uma lei criminal por estado protegendo os animais de crueldades, cerca de 46 estados e mais o distrito da Columbia possuem sua legislação em defesa aos animais, Dakota do Norte e Dakota do Sul, Mississipi e Idaho não possuem leis anticrueldade dos animais; em conformidade ao delito criminoso, cada lei estadual poderá considerar a conduta como uma infração, um delito ou um crime, a maioria das leis são classificadas como ofensas de menor potencial.

Com base no ecocentrismo e o sensocentrismo, verifica-se que as práticas cruéis aos animais são punidas severamente, fato é que os países buscam se atualizar perante a globalização, utilizando leis já vigentes em outros países para assim agregar em suas próprias legislações, portanto, tal direito acaba sendo fundamental em ambas esferas cíveis e penais.

4 CONCLUSÃO

No decorrer do presente trabalho buscou-se compreender a necessidade da expansão do Direito Animal, possibilitando os animais a serem caracterizados como sujeitos de direitos no ordenamento jurídico pátrio, com base em análises que foram realizadas por meio de filósofos ao longo dos tempos, para assim, compreender a filosofia animal ao passar dos séculos, adentrando em diversas correntes filosóficas a fim de encontrar a teoria do sensocentrismo e o especismo, pilares que sustentam o Direito Animal.

A legislação brasileira foi comparada com as legislações de outros países para que assim pudesse reforçar a proposta da defesa do animal não humano no ordenamento jurídico brasileiro, todavia, preza-se que sejam alteradas as leis que já vigoram e que novas leis sejam criadas levando em consideração as leis que já são utilizadas e demonstram eficiência em diversos países que são abordados no presente trabalho, para que assim passem adotar a modalidade de sujeitos de direito e seus direitos e princípios fundamentais sejam resguardados, como é o caso da Lei nº 8/2017 de Portugal, um molde que seria exemplar para o Direito Brasileiro tendo em vista que abrange diversas esferas do ordenamento jurídico.

Portanto, dá-se ensejo à discussão a respeito da concessão de direitos inatos aos animais não humanos, conferidos por leis constitucionais e pela Declaração Universal dos Direitos dos Animais (1978); assim sendo, a proteção a esses seres seria diversa e ampla, seguindo os caminhos da ética que alicerçam o nosso direito.

De fato, os animais merecem proteção, pouco interessa se o homem é beneficiado ou não, eles merecem nossa compaixão e solidariedade, pois são espécies sencientes dignas de direitos básicos e fundamentais, o ser humano ruma para uma visão positiva, fora da visão antropocêntrica do homem, é evidente com o decorrer dos anos que a proteção dos animais aumenta a cada ano que passa.

Segundo (C. NETO, 2004) a conscientização referente aos direitos dos animais está interligada ao desenvolvimento das crianças, portanto é fundamental que os alunos desde os primeiros anos escolares das escolas brasileiras, aprendam sobre os direitos dos animais e transmitam aos adultos que possam tomar providências sobre as questões normativas de seus direitos. "Essas crianças serão uma nova geração, uma nova aliança à preservação dos animais. O passo complementar está no pleno e adulto acatamento ao Direito dos Animais inserido no conjunto normativo nacional." (C. NETO, p. 278).

Nesse âmbito, a proteção das espécies animais deve-se ser compreendida além da compaixão e empatia do ser humano, entretanto, quando se envolve as crianças, as mesmas acabam desenvolvendo um certo respeito aos animais, ainda pequenas conseguem compreender que é errado praticar crueldade com os animais não humanos e com isso as novas gerações se moldam a prol dos Direitos dos Animais, gerando assim mais proteção aos animais com o decorrer dos anos.

Esse novo ramo do Direito é merecedor de estudos e desenvolvimento para que assim, o Direito Animal seja de fato utilizado para a defesa dos animais, somos animais e temos direitos, portanto as outras espécies animais não devem ser tratadas com um grau de inferioridade, se continuarmos ignorando os animais com seu devido respeito estaremos regredindo contra nossos princípios morais e éticos; o ser humano como uma espécie animal não deve ser o inigualável ser protegido, o único a ter direitos reconhecidos, dentro deste pensamento o animal é outro homem, então não há motivos para tratar um animal que também sente dor e sentimentos como apenas uma coisa, sendo assim, a conclusão do presente artigo face ao exposto seria de alterar os status dos animais no ordenamento jurídico pátrio, visto que ambos homens e animais são seres sencientes detentores de sentimentos, capazes de sentirem dor e sofrimento.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, André Luís Morales. **Como ocorre a proteção animal em legislações internacionais – EUA, União Europeia e China.** 2015. Disponível em: <https://aamorales90.jusbrasil.com.br/artigos/245508154/como-ocorre-a-protecao-animal-em-legislacoes-internacionais-eua-uniao-europeia-e-china>. Acesso em: 10 de out de 2020.

ARISTÓTELES – ***A Política*** – Coleção Fundamentos da filosofia - Ícone, 2007.

BAIRD, Robert M. & ROSENBAUM, Stuart E. (Eds.), **Animal Experimentation; the Moral Issues.** Amherst/New York: Prometheus Books, 1991.

BENTHAN, Jeremy. ***Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*****.** 1789. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil.** Outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.
Acesso em 07.09.2020.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.
Acesso em 07.09.2020.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.
Acesso em 07.09.2020.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Outorgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.
Acesso em 07.09.2020

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.
Acesso em 07.09.2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 15 de março de 1967. Disponível em <www.planalto.gov.br>.
Acesso em 07.09.2020

CAMPOS NETO, A. A. M. de. O direito dos animais. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**. Postado em 2004. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67625/70235>.
Acesso em: 18 de maio de 2020.

COSTA, Edilson da. **A Impossibilidade de uma Ética Ambiental**: o antropocentrismo moral como obstáculo ao desenvolvimento de um vínculo ético entre ser humano e natureza. 2007. Dissertação (Doutorado em Meio Ambiente e Desenvolvimento) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007, p. 153.

CORREA, Amanda. (2019). **Lei de Proteção dos animais em Portugal: saiba tudo sobre a lei.** 2019.
Disponível em: <https://www.eurodicas.com.br/lei-de-protecao-dos-animais-em-portugal/#:~:text=A%20lei%20de%20prote%C3%A7%C3%A3o%20dos%20animais%20em%20Portugal%20possui%20diversas%20altera%C3%A7%C3%B5es.&text=Os%20animais%20deixam%20de%20ser,2.>. Acesso em: 23 de setembro de 2020.

COUTINHO, L. (2001). "**A floresta dá dinheiro**". Revista Veja, agosto, Editora Abril, São Paulo, p. 76-81.

DESCARTES, René. **O Discurso do Método***.* Coleção Universitária, Ediouro, 1986

FELIPE, Sonia T. **Da Igualdade. Peter Singer e a Defesa Ética dos Animais Contra o especismo.** *Philosophica* 17:21-48, 2001.

FODOR, Amanda Cesario. **A defesa dos direitos e dignidade dos animais não humanos como parte integrante do ordenamento jurídico brasileiro**, 2016. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/6248/1/Amanda%20Cesario%20Fodor%20%20-%20%20A%20defesa%20dos%20direitos%20e%20dignidade%20dos%20animais%20n%C3%A3o-humanos%20como%20parte%20integrante%20do%20ordenamento%20jur%C3%ADdico%20brasileiro.pdf>. Acesso em 06 de outubro de 2020.

GOMES, Rosangela Mª. A.; CHALFUN, Mery. **Direitos dos Animais: um novo e fundamental Direito.** Postado em 2018. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-dos-animais-%E2%80%93-um-novo-e-fundamental-direito>. Acesso em 18 de maio de 2020.

KANT, Emmanuel. ***Fundamentos da metafísica dos costumes***. Trad. De Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70.200, 2009.

KOTLINSKI, Ana Maria Benavides. A ecologia e a sociedade de risco. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 73, fev. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7215>. Acesso em: 30 abr. 2020.

LACAVA, Ulisses. **Tráfico de animais silvestres no Brasil: um diagnóstico preliminar**. Brasília: WWF Brasil, 1995. Disponível em <https://goo.gl/xGL1Hx>.
Acesso em: 06 mar. 2020.

LEVAI, Laerte. Crueldade consentida: crítica a razão antropocêntrica**. Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 1, n. 1, p.171-190, jan. / dez. 2006. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10246/7303>.
Acesso em: 30 abr. 2020.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura.; ALBUQUERQUE, Leticia.
Constituição e
Animais não humanos: Um impacto no direito contemporâneo. Postado em 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1845faa2957cb42b>
Acesso em 06 de outubro de 2020.

MENESES, Paulo Gaspar de. **Etnocentrismo e relativismo cultural**. Revista Symposium, Recife, v. 3, p. 19-25 Dez-Dez/1999.
Disponível em: <http://www.unicap.br/Pe_Paulo/documentos/etnocentrismo.pdf>

Acessado em 07 de setembro de 2020.

MONTAIGNE, Michel de. **Ensaios.** Trad. Sérgio Millet. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

NACONECY, Carlos. **Um Panorama Crítico da Ética Ambiental Contemporânea**. 2003. Dissertação (Pós-Graduação em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003, p. 29.

PORTUGAL, Lei n. º 8/2017. **Estabelece um estatuto jurídico dos animais, alterando o Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n. º 47 344, de 25 de novembro de 1966, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, e o Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro.** Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/106549655>. Acesso em: 01 de outubro de 2020.

Projeto de Lei da Câmara nº 27, de 2018. **Acrescenta dispositivo à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a natureza jurídica dos animais não humanos.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167>. Acesso em: 06 mar. 2020.

Projeto de Lei nº 1095 de 2019. **Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato.**
Disponível em: < https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140546>. Acesso em: 06 mar. 2020.

Projeto de Lei nº 5373 de 2019. **Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para majorar as penas dos crimes que especifica, e dá outras providências.**
Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139154>. Acesso em: 06 mar. 2020.

PRESSE, France. **Reino Unido vai proibir a venda de filhotes de cães e gatos em pet shops.** 2018. Disponível em: https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/12/25/gra-bretanha-vai-proibir-a-venda-de-filhotes-em-pet-shops.ghtml>. Acesso em: 10 de out de 2020.

RENCTAS (Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Animais Silvestres). **1º Relatório Nacional sobre o Tráfico de Fauna Silvestre**. 2011. Disponível em: <http://www. renctas.org.br/en/trafico-de-animais-silvestres-e-as-redes-sociais/>. Acesso em: 06 mar. 2020.

RABAY, João. **Portugal aprova lei para deixar de tratar animais como coisas.** 2017. Disponível em: <https://www.hypeness.com.br/2017/04/portugal-aprova-lei-para-deixar-de-tratar-animais-como-coisas/>. Acesso em: 06 mar. 2020.

RENCTAS. **Animais silvestres: vida à venda**. RENCTAS, 2002.

ROCHA, F.M. (1995) **Tráfico de Animais Silvestres**. WWF. Documento para discussão.

ROUSSEAU, Jean Jacques. ***Discursos sobre a Desigualdade.*** 1754, prefácio

SALLA, Fernanda. **Os impactos da extinção de espécies na cadeia alimentar**. 01 nov. 2010. Disponível em: https://novaescola.org.br/conteudo/1181/os-impactos-da-extincao-de-especies-na-cadeia-alimentar. Acesso em: 06 mar. 2020.

SANCHES, Giovana. **Macacos, porcos e doninhas também eram pets na Idade Média.** 25 out. 2008. Disponível em: <http://g1.globo.com/sites/especiais/noticias/0,,mul833174-16107,00-macacos+porcos+e+doninhas+tambem+eram+pets+na+idade+media.html>. Acesso em: 06 mar. 2020.

SAFRANSKI, Rudiger. Nietzche: **Biografia de uma tragédia.** Tradução Lya Lett Luft. São Paulo:
Geração Editoria, 2001.)

SICK, Helmut. **Ornitologia Brasileira.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

SILVA, Matheus Carminatti. **Crime De Tráfico Internacional De Fauna Silvestre.** 2018

SINGER, P. **Animal Rights.** (BBC, 2004, Vídeo, 28min.51seg). Disponível em:<HTTPS://youtu.be/nLiyX6jrgos&gt. Acesso em 05, nov. 2017.

SINGER, Peter. **Libertação Animal.** In: Harper Collins 1ª Ed., 1975.

SOUZA, C. H.L. **Maus tratos e crueldade contra animais**. Rio de Janeiro, 2010.

A UTILIZAÇÃO DA PEER INSTRUCTION NO ENSINO JURÍDICO: DA LITIGIOSIDADE À COOPERAÇÃO

THE USE OF PEER INSTRUCTION IN LEGAL TEACHING: FROM LITIGATION TO COOPERATION

Adriano da Silva Ribeiro
Jessica Sério Miranda

Resumo: O artigo objetiva verificar o modo pelo qual o método da *Peer Instruction* pode colaborar para a transformação do ensino jurídico, propiciando a ruptura da mentalidade litigiosa e estimulando o desenvolvimento do espírito cooperativo. Para tanto, ter-se-á por base a obra "*Peer Instruction*: a revolução da aprendizagem ativa", de Eric Mazur. Utilizando-se o método dedutivo para realização de pesquisa bibliográfica acerca do tema, abordar-se-á a evolução histórica dos meios de solução dos conflitos, a crise de efetividade do Judiciário e o desenvolvimento das metodologias ativas de ensino, em especial a *Peer Instruction*.

Palavras-chave: Metodologias ativas, *Peer Instruction*, Ensino jurídico, Cooperação, Crise do Judiciário.

Abstract: The article aims to verify the way in which the method of Peer Instruction can collaborate for the transformation of the legal education, propitiating the rupture of the mentality litigious and stimulating the development of the cooperation. To that end, the work "Peer Instruction: the revolution of active learning", by Eric Mazur, will be based. Using the deductive method to carry out a bibliographical research on the subject, the historical evolution of the means of conflict resolution, the crisis of effectiveness of the Judiciary and the development of active teaching methodologies, especially Peer Instruction.

Keywords: Active methodologies, Peer Instruction, Legal education, Cooperation; Crisis of the Judiciary.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é verificar como o método da Peer Instruction, criado por Eric Mazur, no início da década de 1990, pode colaborar para a transformação do ensino jurídico, propiciando a ruptura da mentalidade litigiosa e estimulando o desenvolvimento do espírito cooperativo entre os alunos de graduação de direito.

A relevância do estudo decorre do aumento dos conflitos e do número de demandas levadas ao Judiciário, impactando na efetividade da justiça, que se torna mais morosa e desacreditada. A busca de soluções que possam desafogar os órgãos jurisdicionais, assunto amplamente debatido atualmente, passa, sobretudo, pela mudança de mentalidade, que deve ser buscada durante a formação jurídica.

Assim, primeiramente, será apresentado breve registro da evolução histórica dos meios de solução de conflitos na sociedade, até a consolidação da jurisdição, e a crise de efetividade que atinge o Judiciário brasileiro, apontando os métodos alternativos de solução de controvérsias fomentados pelo Código de Processo Civil de 2015.

Após, será abordado o desenvolvimento das metodologias ativas de ensino, que buscam trazer o estudante para o centro do processo de aprendizagem, tornando-o protagonista da construção do conhecimento, em oposição aos métodos tradicionais de ensino.

Por fim, será feita análise do livro "*Peer Instruction*: a revolução da aprendizagem ativa", de Eric Mazur, com o fim de compreender o método desenvolvido e apontar como ele pode colaborar para o desenvolvimento do espírito cooperativo nos estudantes.

A técnica metodológica adotada foi a pesquisa bibliográfica, em livros, teses, dissertações e artigos, por meio do método dedutivo.

Trata-se de questão de enorme relevância prática, uma vez que a efetiva aplicação dos meios alternativos de solução dos conflitos, como saída à crise do Judiciário, depende, em grande parte, da mudança de mentalidade dos operadores do Direito.

2 BREVE REGISTRO DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA SOCIEDADE

Desde o início dos tempos, as relações sociais são marcadas por conflitos, que se revelam em diferentes naturezas (familiares, trabalhistas, consumeristas, dentre outras), porém, sempre decorrentes de interesses divergentes, de insatisfações. Com o desenvolvimento das sociedades, esses conflitos se tornam cada vez mais complexos e as formas de solução também se modificam e buscam se adequar à realidade social, passando por uma verdadeira evolução histórica.

No passado, a solução dos conflitos era relegada à autotutela, pela qual as próprias partes envolvidas no conflito buscavam resolvê-lo entre si, prevalecendo a vontade daquele que possuísse maior força ou poder. Assinala Daniel Amorim Assumpção Neves (2018, p. 61) que "[...] a autotutela lembra as sociedades mais rudimentares, nas quais a força era sempre determinante para a solução dos conflitos, pouco importando de quem era o direito objetivo no caso concreto".

Rosemiro Pereira Leal (2018, P. 43-44) aponta a autotutela como o "uso da violência privada", uma "prática selvagem" concebida em épocas primevas da sociedade, dos povos primitivos ou dos Estados autocráticos.

Também havia a possibilidade de autocomposição, uma forma de resolução de conflitos pela atuação dos envolvidos, que poderia se dar pela renúncia, submissão, desistência e transação. Sintetiza Rosemiro Pereira Leal ao explicar cada uma delas:

> A renúncia consistia em se tornar silente o prejudicado ante o fato agressor a si mesmo ou a seu patrimônio. Submissão era a aceitação resignada das condições impostas nos conflitos ou pugnas individuais ou sociais. A desistência era o abandono da oposição já oferecida à lesão de um direito ou o não exercício de um direito já iniciado. A

> transação distinguia-se pela troca equilibrada de interesses na solução dos conflitos (LEAL, 2018, p. 44).

Wambier e Talamini (2018, p. 39) narram que, progressivamente, as partes foram substituindo a força pelo diálogo, identificando modalidades autocompositivas de solução dos litígios, e que passaram também a recorrer ao juízo de um terceiro, por elas eleito, que ditava a solução, surgindo, assim, o embrião da arbitragem.

Ao abordar a evolução histórica dos mecanismos de solução de conflitos, Cintra, Grinover e Dinamarco esclarecem que ela não se deu de maneira linear, mas a partir de marchas e contramarchas. O Estado, gradativamente, passou a ter maior participação na solução dos conflitos, na medida em que se fortalecia e ampliava seu poder sobre os particulares, implantando um sistema de arbitragem obrigatória, que veio a substituir a anterior arbitragem facultativa (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 44-45).

Com o surgimento do monopólio estatal da jurisdição, o Estado passou a ser o detentor do poder de dizer o direito, cabendo a ele a regularização dos conflitos, a quem deve se socorrer a parte que estiver diante de uma lesão ou ameaça a direito, nos termos preconizados no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

A inserção do referido dispositivo no texto constitucional, alçando o acesso à justiça a posição de direito fundamental, busca não apenas assegurar ao cidadão a possibilidade de provocar a jurisdição, isto é, ter acesso ao Judiciário, mas envolve, também, o direito a efetividade da tutela jurisdicional.

A respeito, leciona Kazuo Watanabe (2019, p. 3) que a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes, posto não se tratar apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, mas de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.

Deste modo, o acesso à justiça está intimamente ligado ao princípio da efetividade, acerca do qual esclarecem Wambier e Talamini:

> Como indicado, o princípio da efetividade do processo (ou da efetividade da tutela jurisdicional) também se extrai do art. 5º, XXXV, da CF. Significa que os mecanismos processuais (isto é, os procedimentos, os meios instrutórios, as eficácias das decisões, os meios executivos...) devem ser aptos a propiciar decisões justas, tempestivas e úteis aos jurisdicionados – assegurando-se concretamente os bens jurídicos devidos àquele que tem razão (WAMBIER; TALAMINI, 2018, p. 75).

A preocupação com a efetividade da tutela jurisdicional também se encontra presente no inciso LXXVIII do art. 5º da CR/1988, que objetiva assegurar a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (BRASIL, 1988).

Ocorre que as garantias constitucionais nem sempre são suficientes para a concretude do direito legislado. Com efeito, o aumento da sociedade e dos conflitos a ela inerentes implica em um número cada vez maior de demandas que são levadas ao Judiciário, o qual, por vezes, se vê impossibilitado de entregar ao cidadão uma solução justa e tempestiva.

A propósito, Ailana Silva Mendes Penido e Laís Alves Camargos apontam que a posição do Estado como principal ator da resolução de conflitos desaguou

na crise de efetividade do Judiciário brasileiro, que enfrenta uma sobrecarga excessiva de processos (PENIDO; CAMARGOS, 2019, no prelo).

Esta realidade é facilmente verificada no relatório Justiça em Números apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2018, que aponta que, ao final do ano de 2017, o Poder Judiciário contava com um acervo de 80,1 milhões de processos em tramitação, aguardando solução definitiva (CNJ, 2018, p. 72).

A preocupação com a efetividade transparece de forma bastante clara na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015, que logo de início reconhece:

> Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.
> Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.
> [...]
> O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo (NUNES, 2017, p. xxiii).

Seguindo, pois, o objetivo apontado, o diploma processual civil de 2015 consagra em seu art. 6º o chamado princípio da cooperação, segundo o qual todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (BRASIL, 2015).

Sobre o princípio da cooperação, discorre Cássio Scarpinella Bueno que esse "modelo de processo cooperativo" convida a todos a terem presente a concepção do processo como método de solução (estatal) de conflitos, em que os sujeitos, cônscios de suas funções institucionais, agem com boa-fé e em regime de cooperação entre si, para viabilizar a efetiva prestação da tutela jurisdicional a quem dela for merecedor (BUENO, 2016, p. 102).

Afora a previsão legal do dever de cooperação entre os sujeitos processuais, o Código de Processo Civil de 2015 buscou incorporar e, além disso, incentivar a utilização de métodos alternativos de solução dos conflitos, quais sejam, a mediação, a conciliação e a arbitragem. A exemplo, dispõe o §2º do art. 3º do Código que "o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos". E segue, no §3º do mesmo dispositivo: "A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial" (BRASIL, 2015).

Inegável a importância da codificação de tais práticas para a tentativa de solução da apontada crise decorrente da morosidade do Judiciário. No entanto, não se pode olvidar que a mera regulamentação não implica na efetiva adoção das formas alternativas de solução de conflitos, que passa, também pela necessária mudança de mentalidade dos sujeitos envolvidos nestes litígios, tanto as partes quanto os profissionais do direito.

A ruptura com a mentalidade litigiosa deve ser buscada, primordialmente, no ensino jurídico, que não deve se voltar apenas ao exercício da jurisdição, mas, também aos demais mecanismos consensuais de solução de

controvérsias, o que pode estar intimamente ligado à adoção de novas metodologias de ensino, as chamadas metodologias ativas.

3 AS METODOLOGIAS ATIVAS DE ENSINO E APRENDIZAGEM

Ao longo das últimas décadas, viu-se o surgimento de diversas metodologias de ensino, que objetivam, como aspecto geral, suprir as lacunas apresentadas pelo método tradicional. As chamadas metodologias ativas buscam aperfeiçoar o ensino, trazendo o estudante para o centro do processo de aprendizagem, que deixa de centrar-se no professor, para se ocupar do desenvolvimento da autonomia intelectual do aprendiz.

O ensino tradicional, baseado no modelo cartesiano de disciplinas isoladas, não é mais suficiente e adequado ao perfil dos estudantes, evidentemente influenciados pelas mudanças ocorridas especialmente no século XXI, a exemplo da ampliação dos meios de comunicação e troca de informações, como a *internet*, os *smartphones*, as redes sociais, dentre outros fatores.

Nesse contexto, aponta Frederico de Andrade Gabrich:

> Nessa nova era, o sistema tradicional de formação e de difusão do conhecimento, do saber, fundamentalmente lógico, matemático e cartesiano, cede todos os dias um pouco de sua importância e de sua significação para outras formas de ensinar, de aprender e de avaliar. Em detrimento do conhecimento nuclear, disciplinar e superespecializado, ganha espaço e relevância a formação holística do saber, baseada na interdisciplinaridade, na pluridisciplinaridade e, sobretudo, na transdisciplinaridade. Nessa nova lógica, o sistema de avaliação se afasta da tradicional atribuição de notas ou pontos, e se aproxima da análise contextualizada e integral do ser humano, a partir de suas múltiplas potencialidades e de seus múltiplos saberes, em um sistema no qual a avaliação acontece por meio da contabilização de *tuites*, de amigos digitais e, sobretudo, de reputação, sendo realizada não necessariamente por professores, mas fundamentalmente pelos "amigos" e inserida em uma lógica de mercado diferente, no qual o lucro e o dinheiro não são os elementos necessariamente mais significativos (GABRICH, 2013, p.3).

A sala de aula não representa mais a única fonte de informações, que podem facilmente ser acessadas por diferentes meios tecnológicos como o celular, o *tablet*, o *notebook*. Nessa perspectiva, Moran afirma que "o que a tecnologia traz hoje é integração de todos os espaços e tempos. O ensinar e aprender acontece numa interligação simbiótica, profunda, constante entre o que chamamos mundo físico e mundo digital" (MORAN, 2015, p. 16).

De fato, prender a atenção dos alunos durante longos períodos de aulas expositivas se tornou um desafio a ser superado pelos professores que, acostumados às metodologias tradicionais de repetição e memorização, "acabam sendo repetidores dos padrões existentes, mantendo em suas pesquisas e atividades didáticas o mesmo padrão" (SANTOS, 2008, p. 73).

A mesma lógica é aplicada ao ensino jurídico. Destaca Frederico Gabrich que, no âmbito específico do Direito, é cada vez mais evidente o descompasso entre as novas realidades sócio-culturais vivenciadas no séc. XXI, o atual interesse profissional dos alunos e as metodologias tradicionais de formação do conhecimento, do ensino, da pesquisa e da avaliação (GABRICH, 2013, p. 4).

Discorrem Letícia da Silva Almeida e Sérgio Henriques Zandona Freitas que, historicamente, o ensino jurídico no Brasil foi erguido a partir da concepção de um modelo liberal e, a partir de então, se baseia num pensamento dogmático e conservador, que não prepara o aluno para atuar em uma sociedade diversificada e que vive em constante mudança, além de não trabalhar o pensamento crítico e reflexivo do discente (ALMEIDA; FREITAS, 2017, p. 4).

É nesse contexto que as metodologias ativas de ensino ganham destaque e se revelam importantes instrumentos de inovação e superação do formal modelo tradicional. São práticas pedagógicas que buscam envolver o estudante no processo de aprendizagem, fazendo com que não apenas ouça, anote e repita a informação que lhe foi transmitida, mas que também pense, reflita e desenvolva novos conhecimentos.

Deste modo, é salutar que o ensino baseado nas metodologias ativas envolva a realização de diferentes atividades, que proporcionarão o desenvolvimento de competências diversificadas, como, por exemplo, atividades de discussão, escrita, leitura, análise e solução de problemas, dentre outras.

Assim, o aluno deixa de ser mero expectador e passa a assumir uma posição central no processo de ensino e aprendizagem, na construção e desenvolvimento do próprio conhecimento. Assume, também, responsabilidade pelo seu aprendizado. A postura ativa do estudante contribui para o exercício da autonomia e resulta em uma preparação mais qualificada, que concilia teoria e prática.

Aponta Moran que “nas metodologias ativas de aprendizagem, o aprendizado se dá a partir de problemas e situações reais; os mesmos que os alunos vivenciarão depois na vida profissional, de forma antecipada, durante o curso” (MORAN, 2015, p. 19).

Com efeito, é importante que a formação acadêmica realize a integração entre a teoria e a prática, mas também que busque desenvolver nos estudantes um espírito colaborativo, que possa refletir na realidade de suas futuras vidas profissionais, na sua atuação no mercado de trabalho.

Esse incentivo pode ser alcançado pela utilização de diferentes metodologias ativas de ensino, a exemplo dos métodos do *Problem Based Learning* (PBL) - Aprendizagem Baseada em Problemas (ABP), da *Flipped Classroom* (Sala de Aula Invertida) e da *Peer Instruction* (Instrução por pares).

Isso porque a Aprendizagem Baseada em Problemas (ABP) é caracterizada “pelo uso de problemas da vida real para estimular o desenvolvimento do pensamento crítico e das habilidades de solução de problemas e a aquisição de conceitos fundamentais da área de conhecimento em questão” (RIBEIRO, 2008, p. 24), favorecendo, em razão do trabalho realizado em grupos, a aprendizagem por intermédio da cooperação e do compartilhamento de informações.

Já a Sala de Aula Invertida, por meio da inversão das atividades realizadas em sala de aula e em casa, aumenta a interação entre os alunos, que criam, durante as atividades em sala, seus próprios grupos de colaboração e passam a se ajudar, aprendendo coletivamente, sem depender exclusivamente do professor como único disseminador do conhecimento (BERGMANN; SAMS, 2016, p. 24).

O estímulo à cooperação também aparece de forma bastante evidente na aplicação da *Peer Instruction*, cujo método, por se tratar do foco deste artigo, será objeto de análise pormenorizada no tópico seguinte.

4 A *PEER INSTRUCTION*

A *Peer Instruction*, também denominada instrução por pares, é método de ensino criado pelo professor Eric Mazur, do Departamento de Física da Universidade Harvard, nos Estados Unidos, no início da década de 1990. Segundo narra o professor, no prefácio do livro "Peer Instruction: a revolução da aprendizagem ativa", após dar-se conta de que os alunos não estavam aprendendo o que lhes era ensinado, buscou desenvolver outro estilo de ensino para auxiliar os estudantes a compreender melhor a física introdutória, fazendo-os participarem ativamente do processo de ensino (MAZUR, 2015, p. xiii).

Aponta Mazur que um dos problemas do ensino tradicional é a apresentação do conteúdo, que normalmente está condicionada a um monólogo, diante de uma plateia passiva, conforme ocorre nas aulas expositivas. Estas aulas praticamente reproduzem o conteúdo constante dos livros, sem possibilitar aos alunos o pensamento de forma crítica (MAZUR, 2015, p. 9).

O método desenvolvido na *Peer Instruction* busca exatamente atribuir novos papeis aos livros e às aulas expositivas: as tarefas de leitura do livro, realizadas antes das aulas, introduzem o material; as aulas expositivas elaboram o que foi lido, esclarecem as dificuldades potenciais, aprofundam a compreensão, criam confiança e fornecem exemplos adicionais (MAZUR, 2015, p. 10).

Para isso, é necessário que seja distribuído, ao início do semestre, um cronograma das tarefas de leitura, que deve ser seguido rigidamente. Também é importante incentivar os alunos a cumprirem as tarefas de leitura antes das aulas, o que pode ser feito com a aplicação de testes de leitura no começo da cada aula, aos quais seja atribuída pontuação, a fim de que os estudantes se engajem e vejam com satisfação uma oportunidade de ganho de pontos extras (MAZUR, 2015, p. 24).

Em consequência à adoção das leituras antes das aulas, a estrutura da aula expositiva também se altera. Primeiramente, é preciso estabelecer quais são os pontos fundamentais a serem tratados. "Cada tópico de uma aula leva no mínimo 15 minutos para ser tratado: 7-10 minutos de exposição e 5-8 para um teste conceitual. Portanto, uma hora de aula abrange quatro pontos-chave" (MAZUR, 2015, p. 27).

Os testes conceituais envolvem questões para cada conceito-chave e devem satisfazer alguns critérios básicos, segundo Mazur: devem focar um único conceito, não devem depender de equações, devem conter respostas adequadas de múltipla escolha, devem estar redigidos de forma não ambígua e, por fim, não devem ser nem fáceis demais, nem difíceis demais (MAZUR, 2015, p. 28).

Durante a aplicação do teste, é dado um tempo para que os alunos formulem suas respostas individuais. Em seguida, eles devem discuti-las com os colegas, fazendo com que os estudantes pensem com base nos argumentos que estão sendo desenvolvidos e que possam avaliar sua compreensão do conceito. Após a discussão, as respostas corrigidas são anotadas e, então, se a maioria dos alunos escolher a resposta correta, a aula prossegue para o próximo tópico. Por outro lado, se a porcentagem de respostas corretas for muito baixa (menos

de 30%), o tópico deve ser ensinado novamente, com nova avaliação por meio de outro teste conceitual (MAZUR, 2015, p. 10).

Por essa razão, as aulas expositivas da *Peer Instruction* devem ser menos rígidas do que as do método convencional, uma vez que dependerão dos resultados obtidos nos testes conceituais (MAZUR, 2015, p. 29).

Pensada, inicialmente, para melhorar a didática de ensino da física introdutória, a *Peer Instruction* não se limita à matéria de origem ou às ciências exatas, sendo certo que este método pode ser adaptado para ter aplicação em diversos tipos de disciplinas, em diversas áreas do conhecimento, inclusive no ensino jurídico.

5 A *PEER INSTRUCTION* NO ENSINO JURÍDICO: DA LITIGIOSIDADE À COOPERAÇÃO

Ficou demonstrado no segundo tópico deste artigo que há uma intensa preocupação com a efetividade da jurisdição e com as maneiras de dar solução à crise do Judiciário, que pode ser buscada a partir da implantação do chamado sistema multiportas. Este sistema, além de contribuir para o descongestionamento do Judiciário, colabora com o aprimoramento da forma de tratamento dos conflitos, uma vez que envolve a análise da adequação dos mecanismos de solução à natureza da controvérsia.

O sucesso destes meios alternativos de solução dos litígios depende, sobretudo, da mudança da mentalidade beligerante que é difundida nas salas de aulas dos cursos de Graduação em Direito.

Acerca do assunto, Alex Alckmin de Abreu Montenegro Zamboni esclarece:

> O enfoque para efetiva transformação da “cultura da sentença” para a “cultura da pacificação”, portanto, não pode desconsiderar o papel dos cursos jurídicos nesse contexto. Se a formação e a capacitação dos operadores do Direito deve considerar a inserção dos mecanismos consensuais dentre as atividades realizadas pelo Poder Judiciário, ponto central das normas jurídicas acima referidas, isso imediatamente envolve que estrutura, voltada para essa formação, os cursos jurídicos devem ter” (ZAMBONI, 2016, p. 72).

A chamada cultura do litígio encontra-se, ainda, bastante arraigada no ensino jurídico e exerce enorme influência na busca do meio de pacificação dos conflitos, resultando, quase sempre, na provocação da jurisdição estatal, para que a intervenção do magistrado possa estabelecer a quem socorre o direito.

Sobre a transformação da cultura do litígio, objetivando a promoção e incentivo ao uso de métodos adequados de solução de conflitos, Eleonora Coelho enumera como fatores essenciais para a mudança: (i) arcabouço legal eficaz; (ii) a renovação do ensino jurídico e da educação em geral e (iii) a cooperação do Poder Judiciário (COELHO, 2015, p. 111).

A ruptura da litigiosidade deve ser incentivada em todos os âmbitos de atuação dos operadores do direito, que devem adotar novas atitudes em face dos conflitos. Essa mudança de comportamento deve começar, portanto, nas salas de aula, ao longo da formação do bacharel, a fim de que este se empenhe a buscar o diálogo, a consensualidade, a composição dos interesses na prática jurídica.

A respeito, aponta Virgílio Queiroz de Paula:

> As instituições de ensino superior de Direito devem promover uma reestruturação em seus conselhos e departamentos, nas orientações aos docentes em geral, nas participações e atividades com os discentes, principalmente no âmbito prático, elaborando de forma conjunta diretrizes para uma mudança na cultura do litígio, para que se possa passar a priorizar o diálogo, a cooperação, e a busca de resolução de conflitos por formas diversas do que o acesso ao Poder Judiciário (PAULA, 2016, p. 57).

Neste aspecto, as metodologias ativas são importantes meios para introduzir o estudante no centro do processo de aprendizagem, promovendo o desenvolvimento de novas habilidades, dentre elas, o espírito da cooperação.

É interessante observar que, de diferentes maneiras, as metodologias ativas podem contribuir para fomentar a colaboração entre os colegas durante a formação acadêmica. Em especial, o método da *Peer Instruction* pode se revelar extremamente eficaz nesse aspecto, uma vez que a aprendizagem acontece não apenas em função do professor, mas também pelos pares, isto é, pela troca de informações entre os estudantes. Sobre o assunto, Ana Catarina Mendes Romano destaca:

> Todos nós tivemos aulas tradicionais, ano após ano, onde, por um lado, se privilegiava a transferência de conhecimento do professor para o aluno em detrimento da assimilação do mesmo, nomeadamente com a sua resolução de tarefas com pouca comunicação entre os vários intervenientes no processo de ensino-aprendizagem.
> [...]
> Como vimos, a PI rompe completamente com estas ideias, promovendo um ambiente de cooperação e partilha onde o aluno é o elemento central da aula. De facto, a PI promove a assimilação do conhecimento tendo por base a partilha social de ideias, após um estudo reflexivo individual, que ocorre durante a discussão entre os pares e desencadeada por votações em questões conceptuais (ROMANO, 2013, p. 67).

A interação entre os colegas acontece especialmente durante a aplicação dos testes conceituais, momento no qual os alunos discutem as respostas individuais e procuram desenvolver os argumentos pelos quais cada um chegou à conclusão defendida, oportunizando a partilha dos conhecimentos.

Neste aspecto, Eric Mazur ressalta que a competição é incompatível com a *Peer Instruction*, em que é necessário um clima de cooperação nas discussões para convencer o colega, sendo este um ponto importante a ser assegurado na sala de aula (MAZUR, 2015, p. 22-23).

Este ambiente, devidamente estimulado, pode, portanto, propiciar o desenvolvimento de um espírito colaborativo nos estudantes, refletindo na criação de uma nova cultura no ensino jurídico, fazendo com que os alunos compreendam ser possível alcançar a pacificação dos conflitos de maneira consensual, a partir do diálogo e da cooperação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As metodologias ativas de ensino surgiram a partir da verificação da insuficiência do ensino tradicional e da necessidade de adaptação das formas de se transmitir conhecimentos às características dos novos alunos que, bombardeados de informações a todo momento, possuem perfis diferentes dos alunos das décadas anteriores.

As metodologias são empregadas com o objetivo de transformar o aluno no foco da aprendizagem, que não mais se centraliza na figura do professor. De fato, é necessário adaptar as maneiras de aprendizagem ao contexto vivenciado pelos estudantes, que são influenciados pelas transformações substanciais decorrentes, principalmente, da evolução tecnológica e da complexidade das relações sociais.

Com efeito, as sociedades tornam-se mais complexas, o que resulta no aumento dos conflitos e do número de demandas levadas ao Judiciário, impactando na efetividade da justiça, que se torna mais morosa e desacreditada. A busca de soluções que possam desafogar os órgãos jurisdicionais, assunto amplamente debatido atualmente, passa, sobretudo, pela mudança de mentalidade.

É de importância salutar o incentivo ao desenvolvimento da cooperação em sala de aula, que pode impactar sobremaneira a formação jurídica dos estudantes de Graduação em Direito, refletindo na sua prática profissional, voltada, ainda, em grande maioria, à litigiosidade.

A *Peer Instruction* (ou aprendizagem pelos pares), portanto, é método de ensino que pode trazer contribuições significativas ao desenvolvimento de um espírito cooperativo entre os alunos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Letícia da Silva; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Mapa mental e o ensino jurídico: uma forma visual de efetivar o conhecimento científico no curso de Direito. **Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica**. Maranhão. v. 3. n. 2. p. 01-17. jul/dez. 2017.

BERGMANN, Jonathan; SAMS, Aaron. Sala de aula invertida: uma metodologia ativa de aprendizagem. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: LTC, 2016.

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

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 30 jan. 2020.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil.** São Paulo: Saraiva, 2016.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

COELHO, Eleonora. Desenvolvimento da Cultura dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos: uma urgência para o Brasil. *In*: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. **Arbitragem e Mediação** – A Reforma da Legislação Brasileira. São Paulo, Atlas, 2015. Cap. 6, p. 101-126.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Justiça em Números 2018:** ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf. Acesso em 07 dez. 2019.

GABRICH, Frederico de Andrade. **Transdisciplinaridade no ensino jurídico**. 2013. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=57db7d68d5335b52. Acesso em: 30 jan. 2020.

GABRICH, Frederico de Andrade; MOSCI, Tiago Lopes. O aprimoramento do ensino jurídico para a orientação de uma prática judicial racional no Brasil. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 21, n. 124, jun/set 2019, p. 386-408.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: Primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MAZUR, Eric. **Peer Instruction**: a revolução da aprendizagem ativa. Tradução de Anatólio Laschuk. Porto Alegre: Penso, 2015.

MORAN, José Manuel. **Mudando a educação com metodologias ativas**. Coleção Mídias Contemporâneas. Convergências Midiáticas, Educação e Cidadania: aproximações jovens. Vol. II. PG: Foca Foto-PROEX/UEPG, p. 15-33, 2015. Disponível em: http://www2.eca.usp.br/moran/wp-content/uploads/2013/12/mudando_moran.pdf. Acesso em: 13 jan. 2020.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro** [Livro eletrônico]. São Paulo: Cortez; Brasília: Unesco, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

NUNES, Elpídio Donizetti. **Novo Código de Processo Civil comentado.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PAULA, Virgílio Queiroz de. Necessidade de Mudança na Cultura do Litígio: Uma Evolução na Forma de Educação dos Operadores do Direito. **Revista Brasileira de Educação e Cultura**. Centro de Ensino Superior de São Gotardo. Número XIII, jan-jun 2016, p. 48-60.

PENIDO, Ailana Silva Mendes; CAMARGOS, Laís Alves. **A Teoria dos Jogos aplicada no Sistema Multiportas do Código Processual Civil**. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI – Goiânia, 2019. No prelo.

RIBEIRO, Adriano da Silva; GREGÓRIO, Giovanni Galvão Vilaça. A metodologia de sala de aula invertidade no ensino jurídico. *In*: RIBEIRO, Glaucia; MIRANDA, José Eduardo de; CAMPOS, Luís Antônio Monteiro; GUIMARÃES, Matheus de Oliveira; BORBA, Rogerio; MAZUCATO, Thiago (organizadores). **Visões sobre ensino e educação**. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020.

RIBEIRO, Luis Roberto de Camargo. **Aprendizagem baseada em problemas (PBL):** uma experiência no ensino superior [online]. São Carlos: EdUFSCar, 2008.

ROMANO, Ana Catarina Mendes. **Aprendizagem pelos Pares**: Um contributo para a sua aplicação no Ensino Secundário. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2013. Disponível em: https://ubibliorum.ubi.pt/bitstream/10400.6/1873/1/Aprendizagem%20pelos%20Pares%20-%20Um%20contributo%20para%20a%20sua%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20no%20Ensino%20Secund%C3%A1rio.pdf. Acesso em: 13 jul. 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**: teoria geral do processo. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, v. I.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. **O Ensino Jurídico e o Tratamento Adequado dos Conflitos**: impacto da Resolução n. 125 do CNJ sobre os cursos de Direito. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.

A IMPORTÂNCIA DA CIÊNCIA E DA TECNOLOGIA NO DESAFIO DA IMPLEMENTAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA REGIÃO AMAZÔNICA

THE IMPORTANCE OF SCIENCE AND TECHNOLOGY IN CHALLENGING THE IMPLEMENTATION OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT IN THE AMAZON REGION

Adriano Fernandes Ferreira[32]
Mayara Rayanne Oliveira de Almeida[33]
Carolina Postigo Silva[34]

RESUMO: O presente estudo tem por desiderato abordar a temática dos desafios do desenvolvimento sustentável na Amazônia. Destaca-se o conceito de desenvolvimento sustentável, as raízes históricas da ocupação na região amazônica, a importância do da ciência e da tecnologia e análise do impacto da implantação da indústria 4.0 nas empresas na região amazônica.
Palavras-chave: Densenvolvimento Sustentável, Amazônia, Ciência e Tecnologia, Indústria 4.0.

ABSTRACT: This study aims to address the theme of sustainable development challenges in the Amazon. The concept of sustainable development, the historical roots of occupation in the Amazon region, the importance of science and technology and analysis of the impact of the implementation of industry 4.0 on companies in the Amazon region.
KEYWORDS: Sustainable Development, Amazon, Science and technology, Industry 4.0.

INTRODUÇÃO

A Amazônia representa 60% (sessenta por cento) de todo o território nacional, sendo habitada por mais de 25 (vinte e cinco) milhões de brasileiros, além de abrigar uma das maiores fontes de recursos naturais do planeta.

Falar em Amazônia e em Desenvolvimento Sustentável, indiscutivelmente, torna a questão polêmica e geradora de inúmeros debates internos e externos.

De fato, ao longo dos anos, a questão amazônica está na ordem do dia em diversos forúns de estudo, sobretudo em razão sua complexidade, uma vez que, de um lado há aqueles que advogam a necessidade de se explorar

[32]Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (2005), Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidad Castilla-La Mancha, na Espanha (2014) e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela, na Espanha (2019). Coordenador da Pós-Graduação da Faculdade de Direito e Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da UFAM. E-mail: adrianofernandes3@hotmail.com

[33]Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas –UEA/AM. Especialista em Direito Civil, Processo Civil e Consumidor pela FESP. Procuradora do Município de Manaus. Advogada. E-mail: mayaraoalmeida19@gmail.com

[34]Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas – UEA/AM. Especialista em Direito Eleitoral pelo Instituto Brasiliense de Direito Público –IDP/DF. Advogada. E-mail: carolinapostigo@hotmail.com

intensamente os recursos naturais que são abundantes e, de outro lado, há os que defendem intransigentemente a preservação ambiental.

Faz-se *mister* examinar como se deu na história a ocupação e a exploração da Amazônia, dentro do contexto do desenvolvimento sustentável, marcada por diversos e distintos ciclos, na busca de se identificar até que ponto a ação humana contribuiu para a formação de uma sociedade justa, solidária e ambientalmente sustentável.

Some-se a isto, a necessidade de discutir a integração entre o densenvolvimento tecnológico de forma sustentável como forma de assegurar o futuro preservando todos os seus organismos, especialmente uma diversidade biológica e cultural ímpar.

Sendo assim, o presente estudo, utilizando-se o método dedutivo-descritivo, com base em uma pesquisa predominantemente bibliográfica, tem por desiderato analisar, ainda que perfunctoriamente, os desafios à implementação de um progresso sustentável na região amazônica, destacando-se, neste cenário, o papel fundamental da Ciência e da Tecnologia e a importância da Indústria 4.0 nesse contexto.

2 CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Na segunda metade do século XX, através de estudos da Organização das Nações Unidas, surgiu o termo “desenvolvimento sustentável” que foi conceituado, no relatório de Brundtland, como sendo “aquele que atende as necessidades do presente sem comprometer as possibilidades de as gerações futuras atenderem suas próprias necessidades”. Do relatório mencionado é possível extrair o seguinte:

> Para que haja um desenvolvimento global sustentável é necessário que os mais ricos adotem estilos de vida compatíveis com os recursos ecológicos do planeta – quanto ao consumo de energia, por exemplo. Além disso, o rápido aumento populacional pode intensificar a pressão sobre os recursos e retardar qualquer elevação dos padrões de vida: portanto, só se pode buscar o desenvolvimento sustentável se o tamanho e o aumento da população estiverem em harmonia com o potencial produtivo cambiante do ecossistema. Afinal, o desenvolvimento sustentável não é um estado permanente de harmonia, mas um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, a orientação dos investimentos, os rumos do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão de acordo com as necessidades atuais e futuras. Sabemos que este não é um processo fácil, sem tropeços. Escolhas difíceis terão de ser feitas. Assim em última análise, o desenvolvimento sustentável depende do empenho político (BRUNDTLAND, 1991, p.10).

Por oportuno, cumpre-se ressaltar que o Relatório de Brundtland, resultado da Comissão Mundial para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CMMAD), definiu três pilares básicos a serem cumpridos na busca da sustentabilidade, quais sejam, o desenvolvimento econômico, proteção ambiental e equidade social.

Apesar de ser um conceito questionável, considerando a ausência de definição das necessidades do presente e do futuro, o aludido relatório pôs em evidência a necessidade de se encontrar novas formas de desenvolvimento econômico, sem danos ambientais. Em outras palavras, chamou a atenção do

mundo para a importância da gerência mútua entre o desenvolvimento sócio-econômico e o meio ambiente, que eram então tratados como questões distintas.

A partir de então, o conceito de desenvolvimento sustentável foi reafirmado na Conferência Rio 92, a qual resultou na Agenda 21, como também foi incorporado em outros documentos mundiais de desenvolvimento e direitos humanos.

Ocorre que, segundo a maioria dos autores que escrevem sobre a temática do desenvolvimento sustentável, trata-se de um conceito ainda em construção e que não deve ser visto de forma romantizada ou utópica.

Para José Eli da Veiga (2005, p. 14), o desenvolvimento sustentável é considerado um enigma que pode ser dissecado, ainda que não resolvido. Ele afirma que se trata de um dos mais generosos ideais surgidos no século passado.

SATTERTHWAITE (2004, p. 129), por seu turno, define o "desenvolvimento sustentável" como corolário ao princípio da solidariedade intergeracional. São suas as palavras:

> O desenvolvimento sustentável corresponde a resposta às necessidades humanas nas cidades com o mínimo ou nenhuma transferência dos custos da produção, consumo ou lixo para outras pessoas ou ecossistemas, hoje e no futuro

Nesta esteira, Sandro Nahmias (2020) em seu artigo "Princípio do Desenvolvimento Sustentável e o Meio Ambiente do Trabalho" assim aduz a respeito da temática:

> Ressalta-se que a noção de desenvolvimento sustentável corresponde a uma ideia de limites. Limite ou finitude de bens ambientais e limite imposto ao paradigma econômico antrópico radical.Nesse sentido o desenvolvimento sustentável não é sinônimo de preservação ambiental, de preservacionismo ou de intocabilidade, vez que exige um progresso em várias frentes, demandando uma verdadeira alteração do paradigma econômico, com mudanças no modo de produção, padrões de consumo e afins, sem impedir o desenvolvimento econômico.

Destarte, seguindo a mesma linha de entendimento, pode-se definir desenvolvimento sustentável não como sendo um estado estático, mas sim como um processo dinâmico, que visa compatibilizar a exploração de recursos com a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Não se pode olvidar, por oportuno, que o desenvolvimento sustentável tem íntima relação com a questão do desenvolvimento econômico, o que torna um grande desafio estabelecer o equilíbrio entre esses interesses, inicialmente, contrapostos.

Sobre este equilíbrio, faz-se importante destacar o que o art. 4º, incisos I e VI, ambos da Lei n° 6. 938/1981 – Política Nacional do Meio Ambiente, já mencionavam a necessidade de compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente, com afã de garantir a manutenção do equilíbrio ecológico.

Ressalte-se, outrossim, que a própria Constituição Federal de 1988 reconhece como sendo dever do Poder Público e da coletividade a preservação do meio ambiente, enfatizando ser necessária a compatibilização da proteção ecológica com os interesses econômicos.

Neste sentido, José Afonso da Silva (2013, p.27) bem argumentou sobre a necessidade do equilíbrio entre o ambiente e o desenvolvimento econômico, como forma de garantir o desenvolvimento sustentável:

> São dois valores em conflito que a Constituição de 1998 alberga e quer que se realizem no interesse do bem-estar e da boa qualidade de vida dos brasileiros. Antes dela, a Lei 6.938 de 31.8.1981 (arts. 1° e 4°), já havia enfrentado o tema, pondo, corretamente como principal objetivo a ser conseguido pela Política Nacional do Meio *Ambiente a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico*. A conciliação de dois valores consiste, assim, nos termos deste dispositivo, na promoção do chamado desenvolvimento sustentável, que consiste na exploração equilibrada dos recursos naturais, nos limites da satisfação das necessidades e do bem-estar da presente geração, assim como de sua conservação no interesse das gerações futuras.

De outro lado, é cediço que os interesses econômicos, além de observarem a necessidade de defesa do meio ambiente, também estão baseados em outros fundamentos constitucionais, a exemplo da livre iniciativa (art. 1, IV da CF/88), propriedade privada (art. 170, II da CF/88) e livre concorrência (art. 170, IV da CF/88).

Sendo assim, observa-se que o ordenamento jurídico objetiva harmonizar os interesses aparentemente distintos, quais sejam, da preservação do meio ambiente e do desenvolvimento da categoria econômica, com afã, sobretudo de garantir o bem estar e a qualidade de vida dos homens.

Todavia, é evidente o desafio da construção de uma sociedade capitalista sob o vetor do desenvolvimento sustentável, considerando o conflito que versa sobre a exploração dos recursos naturais finitos, frente ao dever de todos em resguardar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, visando assegurar a sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.

Nesse diapasão, considerando a ausência de um conceito estático para desenvolvimento sustentável, uma vez que representa um processo dinâmico que visa compatibilizar interesses opostos, faz-se oportuno analisar como a região amazônica se comporta nesse aspecto.

3 O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA AMAZÔNIA

A história da ocupação na Amazônia brasileira foi caracterizada pela exploração intensa e desordenada dos seus recursos naturais ao longo dos séculos.

É cediço que a região amazônica passou por distintos 3 (três) grandes ciclos econômicos para ser inserida no sistema capitalista atual:

I) colonial: período marcado pela exportação de produtos nativos inexistentes no continente europeu;

II) borracha: ciclo que alimentou a indústria automobilística em plena Revolução Industrial e, sobretudo na Primeira Grande Guerra Mundial; e

III) militar: no período do regime militar houve a instalação de grandes projetos na região, com destaque a criação da Zona Franca de Manaus e a construção da Rodovia Transamazônica.

Nos três aludidos ciclos econômicos, algo comum que se observou, foi a intensa devastação da flora amazônica, sem que houvesse qualquer preocupação com os efeitos danosos em relação ao meio ambiente, além de ter repercutido negativamente no desenvolvimento regional, bem como resultado na baixa melhoria de qualidade de vida da população.

Na verdade, a ocupação da região amazônica baseada na exploração exorbitante dos recursos naturais, de investimentos em grandes obras e na ausência da interferência estatal é, indubitavelmente, um grande desafio para a implementação do desenvolvimento sustentável.

Reconhecer a região amazônica como uma fonte para uma nova economia, em que a utilização racional e sustentável dos seus recursos naturais seja capaz de não comprometer os anseios das gerações presentes e futuras, é o que se espera.

Faz-se necessária a implantação de um modelo de desenvolvimento baseado em uma exploração inteligente e seletiva, de modo que seja possível compatibilizar a preservação do meio ambiente, para as presentes e futuras gerações, bem como atrair investidores, acarretando-se em um progresso econômico na região.

A Amazônia é, pois, um grande tesouro nacional, uma fonte de riquezas naturais. Todavia, a falta de planejamento no processo de exploração tem colocado em risco a maior floresta do mundo.

De fato, a chave para um desenvolvimento pautado na sustentabilidade encontra-se na utilização de novos critérios e padrões de ordenamento na ocupação do espaço, tendo por base a implementação de políticas ambientais eficientes.

Paulo Moutinho (2005), apreciando os desafios à implementação de uma Amazônia sustentável, vaticina:

> É necessário que os investimentos na região avaliem os seus custos socioambientais. Assim, o estabelecimento de uma governança local ou regional é fundamental e deve anteceder os grandes investimeentos em infra-estrutura, especialmente o asfaltamento de rodovias. Por governança, poderíamos entender o aumento da capacidade combinada do Estado, da iniciativa privada e da sociedade civil na articulação de seus interesses, no exercício de seus direitos legasi e no cumprimento de suas obrigações, como forma de solucionar possíveis diferenças. Tudo isso sob uma presença forte do Estado e de suas instituições fundamentais como garantia do cumprimento da lei e amparo a cidadãos e cidadãs. Não se trata, assim, de estagnar a abertura de novas estradas, mas sim a ordenar o processo de sua implementação.

De uma exegese desse pensamento, extrai-se a necessidade de introduzir na política econômica atual os mecanismos efetivos de gestão e fiscalização, com a participação de distintos setores da sociedade. Esse processo conduziria a uma nova forma de desenvolvimento em que seriam compatibilizados os interesses da classe econômica com os do meio ambiente.

Não se pode olvidar que os interesses da maioria dos países desenvolvidos é a proteção e preservação quase integral da floresta amazônica. Contudo, é necessário pensar também nos indíviduos que residem na Amazônia. É preciso reconhecer que eles necessitam sobreviver, e, assim, o desenvolvimento econômico é uma peça chave para a melhoria da qualidade de vida desses povos.

Nesse contexto, é importante preservar a Amazônia, mas de forma que seja também possibilitado um progresso econômico sustentável na região. Em outras palavras, é possível garantir o desenvolvimento sustentável em conjunto com o crescimento econômico, desde que se adote um modelo eficiente.

Ressalte-se, sobretudo, que a Amazônia é considerada uma das três reservas naturais mundiais, razão pela qual é imprescindível o equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a garantia de um meio ambiente preservado. Nesse sentido, dispõe Becker (2005):

> Há três grandes eldorados naturais no mundo contemporâneo: a Antártida, que é um espaço dividido entre as grandes potências; os fundos marinhos, riquíssimos em minerais e vegetais, que são espaços não regulamentados juridicamente; e a Amazônia, região que está sob a soberania de estados nacionais, entre eles o Brasil.

De fato, é importante destacar que a Amazônia, sobretudo, Manaus, capital do Amazonas, além de ser uma fonte de riquezas naturais, possui uma área em que são localizadas inúmeras empresas - Zona Franca de Manaus-ZFM. Este pólo industrial é considerado um modelo a ser seguido, uma vez que é marcado pela concentração de indústrias e também pela preocupação, ainda que em grau não suficiente, em preservar a floresta.

É evidente que as empresas situadas no aludido pólo devem adotar políticas voltadas não só para o desenvolvimento das suas atividades, mas também na manutenção do meio ambiente, sobretudo, por estarem situadas no meio da floresta Amazônica. Todavia, o que se percebe, na maioria dos empresários, é o anseio imensurável pelo lucro, que custa um desmatamento ilegal e descontrolado, além da consequente perda da biodiversidade do meio ambiente.

Portanto, é possível perceber que as empresas possuem papel fundamental neste contexto de desenvolvimento econômico sustentável, sendo necessário que passem a adotar boas práticas socioambientais nas suas atividades empresariais na Amazônia, aliada à ideia de sustentabilidade como uma opção para reconstrução da atual ordem econômica.

As empresas precisam, sobretudo, investir em uma economia verde, buscando-se sempre melhorar a produção, através de fontes energéticas sustentáveis, sem olvidar da importância da manutenção da qualidade do meio ambiente.

Nessse sentido, defende José Carlos Barbieri (1997, p.15):

> A empresa não deve se preocupar com o meio ambiente apenas para atender aos requisitos legais a que está sujeita, mas também, para alcançar objetivos econômicos compatíveis com padrões sustentáveis de desenvolvimento. Em matéria de tecnologia, significa adotar uma postura que, no mínimo, objetive alcançar ganhos de produtividade através da prevenção da poluição.

Assim, para a classe econômica, cumprir as exigências ambientais não é uma escolha, mas trata-se de obrigação, sob pena de sanções e multas ambientais. Logo, faz-se imprescindível que adotem o modelo de empresa sustentável, com afã de garantir o equilíbrio entre os seus interesses privados e a presevação do meio ambeinte.

Atualmente, o que se percebe, não só na região amazônica, mas no contexto mundial, é que o mercado e os consumidores têm valorizado as marcas de empresas que se encontram alinhadas e adotam medidas sustentáveis.

Como é sabido, todavia, para regiões economicamente dependentes, como a amazônica, que já possuem inúmeras deficiências, sejam educacionais, científicas e tecnológicas, dentre outras, os desafios para a implantação do desenvolvimento sustentável são ainda mais presentes e difíceis de serem superados.

Faz-se necessário reconhecer a Amazônia como uma nova economia, em que a implantação de políticas públicas voltadas a compatibilizar a preservação ambiental com o crescimento econômico é o caminho para um futuro sustentável.

Sendo assim, dentro desse contexto, considerando que são inúmeros os desafios na implementação dessas políticas, o presente estudo objetiva destacar o papel da Ciência e da Tecnologia na busca do desenvolvimento sustentável na Amazônia, o que será exposto no tópico seguinte.

4 A CIÊNCIA E A TECNOLOGIA COMO MEIOS NA BUSCA DA SUSTENTABILIDADE NA AMAZÔNIA

A Ciência e a Tecnologia desempenham um papel fundamental na busca da efetivação do desenvolvimento sustentável na Amazônia, mas, deve-se ressaltar, inicialmente, que elas, por si só, são insuficientes quando sozinhas.

De fato, o planejamento de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento sustentável requer uma integração dos recursos naturais, culturais e tecnológicos, além de uma compreensão dos processos históricos e ecológicos que marcaram a sociedade.

Assim, a Ciência e a Tecnologia representam, evidentemente, um caminho para o desenvolvimento da região, uma vez que, através delas, faz-se capaz a superação de desafios e problemas multidimensionais da sustentabilidade do desenvolvimento nacional.

Não se pode olvidar, outrossim, que o Brasil é marcado por um precário desenvolvimento em Ciência e Tecnologia. E, dentre as inúmeras razões dessa aludida deficiência, tem-se o processo retardatário de industrialização pelo qual passou o país. Na verdade, as indústrias aqui surgiram apenas para atender às necessidades de manufaturados de mercados internacionais que já haviam consolidado os seus processos industriais.

Por outro lado, o que se observa, sobretudo na Amazônia, é a relação entre a precária formação educacional da população e o precário desenvolvimento tecnológico. Sendo, pois, o meio ambiente aquele que mais sofre com os efeitos e as consequências dessa realidade.

De fato, ao longo tempo, na região amazônica, pouco se investiu em políticas públicas voltadas para a conscientização da população acerca da necessidade da preservação do meio ambiente.

Na verdade, os investimentos na área do conhecimento, sobretudo, na ciência e tecnologia, sempre estiveram em plano secundário, o que resultou na falta de comprometimento dos atores sociais com as questões ambientais, bem como na quase inexistente preocupação com os impactos das atividades humanas sobre meio.

Por outro lado, é importante destacar que, embora não seja a realidade majoritária, há casos no Brasil em que foi dada a devida relevância e importância a Ciência e Tecnologia, demonstrando que este consiste em um meio adequado na busca da superação do paradoxo do desenvolvimento sustentável.

Pernambuco, por exemplo, instalou na sua capital Recife um dos principais parques tecnológicos, sendo um grande ambiente de inovação do Brasil. Isto foi, de fato, um marco na economia desse Estado. O aludido parque é caracterizado, sobretudo, pela atuação nos eixos de software e serviços de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) e Economia Criativa (EC), atuando-se, então, no setor de tecnologias urbanas como área estratégica.

Sendo assim, resta evidente que o desafio amazônico na implantação de um desenvolvimento sustentável requer, dentre outros aspectos, uma mudança de paradigma na área da ciência e da tecnologia, isto é, requer uma plataforma produtiva inovadora, inspirada em uma economia verde, capaz de compatibilizar a economia e o meio ambiente.

Faz-se prioritário o investimento maciço em conhecimento, bem como no desenvolvimento e melhoria das áreas da ciência e tecnologia em todos os aspectos, com ênfase especial à produção agrícola sustentável, aos processos industriais, à biotecnologia, à biodiversidade e às energias renováveis.

É cediço que as vantagens desse aludido investimento são incontáveis, atingindo não só a geração presente, mas a futura geração. Direito este que é protegido pela Constituição de 1988 quando preconiza a solidariedade intergeracional.

Na verdade, a partir do desenvolvimento de políticas públicas na área da Ciência e da Tecnologia, a Amazônia faria valer o princípio da competitividade regional sobre o da produtividade privada e o da prevalência do paradigma biológico sobre o mecânico-químico.

Ademais, a melhoria neste aspecto resultaria em uma superação das limitações da geração atual quanto a absorção do conhecimento. Sendo, pois, um mecanismo relevante para alcançar o desenvolvimento sustentável na região, uma vez que com uma adequada base científica e tecnológica é possível falar em sustentabililidade econômica, espacial, política, ecológica e cultural.

Por oportuno, é importante destacar que a Amazônia já reconheceu a necessidade em investir nesse âmbito como forma de equilibrar o seu desenvolvimento econômico e a sustentabilidade do meio ambiente. Por exemplo, dentro do universo das indústrias situadas no pólo industrial de Manaus, a Resolução do SUFRAMA nº 71 de 06 de Maio de 2016 já disciplina o cumprimento de obrigações relativas aos investimentos em atividades de pesquisa e desenvolvimento na Amazônia Ocidental por estas empresas, com afã, inclusive, de minorar os impactos ambientais.

Nesse sentido, assim dispõe o art. 1º da aludida Resolução:

> Art. 1º A fruição dos incentivos fiscais federais relativos à produção de bens de informática na Zona Franca de Manaus depende da realização de investimentos em atividades de pesquisa e desenvolvimento, atendidos os demais requisitos legais para aprovação dos correspondentes projetos industriais, disciplinados em resolução específica.
> Parágrafo único. As empresas favorecidas pelo regime fiscal diferenciado deverão apresentar a programação dos investimentos em planos de pesquisa e desenvolvimento e comprovar sua execução por meio de relatórios demonstrativos, nos termos desta resolução.

Portanto, o diploma normativo supracitado já demonstra a necessidade de se investir em Ciência e Tecnologia na Amazônia como um meio para um processo industrial com base sustentável e tenologicamente avançada, sendo um mecanismo ideal para a implementação do desenvolvimento sustentável na região.

Não se pode esquecer que os avanços na Ciência e na Tecnologia correspondem a processos de longo prazo, balizados por políticas públicas orientadas por uma governança local ou regional, consoante restou demonstrado. Sendo, pois, um caminho para alcançar um modelo de negócio ideal no processo de industrialização, sobretudo.

Destarte, considerando os aspectos supracitados, é importante destacar que o modelo de negócio ideal é reconhecido pela doutrina majoritária como sendo aquele que aplica o conceito do *Triple Bottom Lin*e (TBL)[35] da sustentabilidade sob as 3 (três) dimensões: econômica, a social e a ambiental.

Assim, investimento em Ciência e Tecnologia consiste em um vetor de contribuição para alcançar este modelo de negócio ideal, que terá como base a sustentabilidade.

De fato, transformar o capital natural da Amazônia em ganhos econômicos e sociais de maneira ambientalmente sustentável não é tarefa simples, uma vez que envolve grandes complexidades. Todavia, com o avanço dos meios científicos e tecnológicos se pode diminuir o anismo entre o desenvolvimento social e a proteção do meio ambiente.

Não se pode olvidar, por oportuno, que inexiste um 'modelo' a ser copiado, pois não há sequer um país tropical desenvolvido com economia baseada em recursos naturais diversificados, principalmente de base florestal, intensivo uso de C&T de ponta e força de trabalho educada e capacitada na utilização de C&T. (ABC, 2008: 10).

Por outro lado, é sabido que o cenário na região amazônica impõe muitos desafios, inclusive no sentido da implementação de práticas de inovação com sustentabilidade de forma a contribuir com a preservação desta região tão complexa e que possui um patrimônio natural de grande importância.

Diante disso, percebe-se que, embora seja importante a implementação de políticas públicas voltadas ao avanço da Ciência e da Tecnologia, na Amazônia, trata-se de um enorme desafio a ser superado. Na verdade, ainda são precários os investimentos nesse sentido, o que merece ser modificado.

5 A INDÚSTRIA 4.0 NA AMAZÔNIA COMO FOMENTO TECNOLÓGICO

Vislumbra-se que um dos meios de fomentar os avanços tecnológicos na Amazônia pode ser realizado através do investimento em novos modelos de negócio, baseados em uma tecnologia de informação avançada.

De fato, a tecnologia da informação veio para agregar na busca do progresso científico e tecnológico no ramo empresarial.

[35] *Triple bottom line* defende o equilíbrio entre os resultados organizacionais. Espera-se balanceamento entre *people, profit e planet* (pessoas, lucros e planeta). É, portanto, a gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos. (MARCOVITH, 2000).

Nesse aspecto, a Indústria 4.0 é um modelo atual de avanço tecnológico, cujos reflexos são de suma importância de serem analisados, especialmente, no contexto do Pólo Industrial de Manaus, localizado na região amazônica.

Inicialmente, a indústria 4.0 surgiu na Alemanha e representa o resultado da chamada quarta revolução industrial, promovendo-se a melhoria da relação do homem e da máquina, bem como garantindo-se a existência de uma ponte de integração para o futuro. Trata-se, de fato, de um modelo de grande impacto nos negócios e representa, pois, um estágio de evolução teconológica e científica.

Tal modalidade, na verdade, é marcada pela automação tecnológica e pela produtividade empresarial, por meio da utilização de inteligência artificial, *data science*, *big data* e tantos outros mecanismos de tecnologia avançada.

Nas palavras de Cavalcanti e Nogueira (2017), a indústria 4.0 pode ser caracterizada pelo uso de processos que utilizam máquinas gerenciadas por inteligência tecnológica, como por exemplo a robótica colaborativa.

Os aludidos autores ainda destacam a diferença entre esta nova modalidade em relação a primeira, segunda e terceira revolução industrial, comparando-a como uma revolução digital que surgiu com o objetivo de modernizar os processos produtivos da atualidade.

Corrobora com tal definição, o entendimento de Santos (2015, p. 12), que apresenta a indústria 4.0 como:

> [...] um projeto no âmbito da estratégia de alta tecnologia do governo alemão que promove a informatização da Manufatura. O objetivo é chegar à fábrica inteligente (SmartManufacturing) que se caracteriza pela capacidade de adaptação, a eficiência dos recursos e ergonomia, bem como a integração de clientes e parceiros de negócios em processos de negócios e de valor. Sua base tecnológica é composta por sistemas físicos/cibernéticos e a Internet das Coisas. Especialistas acreditam que a Indústria 4.0 ou a quarta revolução industrial poderia ser realizada dentro de uma década.

Stock e Seliger (2016), por sua vez, afirmam que o desenvolvimento da indústria 4.0 tem se apresentado substancialmente nas indústrias de transformação. Em outras palavras, afirmam que os processos dessa nova revolução estão associados às denominadas fábricas inteligentes, nas quais fazem uso da tecnologia para otimizar suas atividades e garantir resultados precisos em comparação com as empresas que não estão inseridas no modelo da indústria 4.0.

De fato, a indústria 4.0 objetiva a modernização de indústrias, trazendo conceitos de inteligência artificial e de robôs colaborativos no âmbito das empresas, de modo a fazer com que o setor empresarial se torne mais produtivo e competitivo.

É importante observar que a indústria 4.0 representa, outrossim, um mecanismo essencial na luta pelo desenvolvimento sustentável, uma vez que com os avanços tecnológicos que ela preconiza é mais fácil compatibilizar o progresso econômico e a preservação do meio ambiente. Superando-se, assim, o desafio do desenvolvimento sustentável.

Nesse contexto, faz-se oportuno destacar, no âmbito da amazônia, que, em 2019, a Superintendência da Zona Franca de Manaus - SUFRAMA passou a engajar-se em trocas de experiência com países como a Alemanha, com afã

de apresentar a Zona Franca de Manaus para possíveis investidores e, assim, formentar os investimentos em ciência e tecnologia no país que são considerados obstáculos para o progresso econômico sustentável no país.

Esse intercâmbio de conhecimento e experiência com a Alemanha, por oportuno, visou possibilitar, ademais, o ingresso da indústria 4.0 na região amazônica e, assim, com os devidos avanços na tecnologia, garantir a implementação do desenvolvimento sustentável na região.

Outrossim, faz-se necessário mencionar que, em 2020, fora criado, no Brasil, o primeiro centro afiliado ao Fórum Econômico Mundial com ênfase na indústria 4.0 (C4IR), com objetivo de estimular novas tecnologias e melhorar a posição do Brasil nas cadeias globais de valor. Trata-se de uma parceria público-privada, concebida pelo Ministério da Economia e pelo governo do estado de São Paulo, apoiada por empresas de atuação global, como a AstraZeneca e a Bracell.

Ressalte-se, ademais, que no âmbito da região amazônica, o Comitê das Atividades de Pesquisa e Desenvolvimento na Amazônia já idealiza o desenvolvimento de um ecossistema voltado para a indústria 4.0, com a finalidade de estimular o ingresso das fábricas instaladas na Zona Franca de Manaus para este novo conceito.

Nesse sentido, destaca-se que foi editada a Resolução CAPDA nº 2, de 31 de março de 2020 que estabeleceu regras e procedimentos para a criação de um Programa Prioritário para investimento em pesquisa, desenvolvimento e inovação na área de atuação da SUFRAMA.

Diante do exposto, não se pode olvidar que a indústria 4.0 é um mecanismo de extrema importância para o crescimento do país, uma vez que fomenta, sobretudo, o processo de adoção e avanço de tecnologia. Todavia, ainda são inexpressivos os números de empresas brasileiras, sobretudo, situadas na amazônia, que fazem uso desta nova modalidade de tecnologia.

Denota-se, portanto, que uma das finalidades em se investir na Indústria 4.0 não se restringe a expandir o crescimento econômico nacional, mas especialmente de cooperar com o desenvolvimento de forma sustentável. De fato, através desta nova modalidade tecnológica, haverá, certamente, uma revolução no processo produtivo da empresa, gerando, dentre outros benefícios, a economia de energia, a redução do uso de máteria-prima e a conservação ambiental.

Portanto, a Indústria 4.0 pode ser considerada uma grande contribuição na busca pelo desenvolvimento sustentável na Amazônia, uma vez que representa avanços em tecnologia e inovação que são fundamentais para compatibilizar o densevolvimento econômico com a sustentabilidade. Busca-se, assim, criar empresas inteligentes e ambientalmente conscientes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A implementação do desenvolvimento sustentável na Amazônia é, de fato, um desafio, em razão de diferentes obstáculos existentes, dentre os quais se destacam a ciência e a tecnologia.

De fato, as raízes históricas de um processo de ocupação, calcado na intensa exploração da flora amazônica, sem qualquer preocupação com os

efeitos danosos da atividade do homem em relação ao meio ambiente, resultou em diferentes problemas regionais.

Nesse sentido, o futuro da Amazônia depende da efetivação de um modelo de desenvolvimento, em que se mostra essencial a participação da Ciência, da Tecnologia e da inovação, sendo imprescindível que as indústrias brasileiras invistam em políticas de sustentabilidade, com afã de compatibilizar o seu progresso econômico com a proteção ambiental.

É bem verdade que uma exploração inteligente e sustentável da biodiversidade, baseada na aplicação do conhecimento e na preservação ambiental, é o meio apto a garantir o atendimento às necessidades do presente sem comprometer às das gerações futuras na região amazônica.

Ademais, é possível utilizar este conhecimento científico e tecnológico para a solução de problemas econômicos e sociais na região Amazônica, de forma que se torna imprescindível a definição de estratégias para tranformar o capital natural da Amazônia em ganhos econômicos e sociais de forma ambientalmente sustentável.

Por fim, vislumbra-se que aliada a necessidade de políticas públicas em favor do ecossistema natural, a implantação da indústria 4.0, nas empresas amazonenses, representa uma esperança para a criação e modificação de modelos de negócios nesta região, de forma a contribuir com o densenvolvimento econômico e sustentável e contribuindo para o avanço industrial e tecnológico da região.

REFERÊNCIAS

ABC – Academia Brasileira de Ciências (2008), Amazônia - **desafio brasileiro do século XXI: a necessidade de uma revolução científica e tecnológica**. São Paulo: Fundação Conrado Wessel.

BARBIERI, Jose Carlos. **Desenvolvimento e Meio Ambiente: as estratégias de mudanças da Agenda 21**. Petropolis:Vozes.1997.

BECKER, Berta K. **Dossiê Amazônia Brasileira I. Geopolítica da Amazônia**. São Paulo: Editora Instituto de Estudos Avançados da USP, 2005. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142005000100005#back1. Acesso em : 02 out. 2020.

BRASIL, Planalto. **Lei n° 6. 938 de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 04 out. 2020.

CAVALCANTI, L. L.; NOGUEIRA, M. S. **Futurismo, Inovação e Logística 4.0: desafios e oportunidades.** VII Congresso Brasileiro de Engenharia de Produção, 2017.

CMMAD – Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso futuro comum**. 2a ed. Tradução de Our common future. 1a ed. 1988. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

DA VEIGA, José Eli. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI***.* Garamond. Rio de Janeiro, 2005.

DA VEIGA, José Eli. **Cidades Imaginárias – o Brasil é menos urbano do que se calcula.** Campinas: Editora da Unicamp, 2005.

LISBOA, Francis de Almeida Araújo. COSTA, Beatriz Souza. **A análise do recurso especial nº 1.371.834 - PR (2011/0215098-5) à luz do princípio do Desenvolvimento Sustentável: a busca de Harmonização entre crescimento econômico e Meio Ambiente equilibrado**. Direito ambiental e socioambientalismo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI. Coordenadores: Elcio Nacur Rezende; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Simone Letícia Severo e Sousa – Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: https://www.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/r3uu7334/QRH5wqpT463469D4.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

MELLO, Alex Fiúza de**. Dilemas e desafios do desenvolvimento sustentável da Amazônia: O caso brasileiro.** Revista Crítica de Ciências Sociais [Online], 107 | 2015, Disponível em: < http://journals.openedition.org/rccs/6025>. Acesso em: 12 jul. 2020.

MELO, Nahmias Sandro. **Princípio do Desenvolvimento Sustentável e o Meio Ambiente do Trabalho**. Revista Legislação do Trabalho, São Paulo, março/2020.

MINISTÉRIO DA INDÚSTRIA, COMÉRCIO EXTERIOR E SERVIÇOS (MDIC). Disponível:http://www.mdic.gov.br/index.php/micro-e-pequenas-empresa/61-noticias/3303-resolucao-incentiva-adocao-do-conceito-de-industria-4-0-na-zona-franca-de-manaus. Acesso em : 25/10/2020.

MOUTINHO, Paulo. **A amazônia e o desenvolvimento sustentável.** Revista Democracia Viva, ed. 27, 2005, Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/244477085_Amazonia_e_o_desafio_do_desenvolvimento_sustentavel. Acesso em: 14 jul. 2020.

NASCIMENTO, E.P e DRUMMOND, J.A. (org.) **Amazônia, Dinamismo econômico e conservação ambiental.** Garamond. Rio de Janeiro, 2003.

PORTO DIGITAL.Porto Digital, Disponível em: www.portodigital.org. Acesso em: 05 de Outubro de 2020.

SANTOS, Paulo Roberto. **Tecnologia Você está preparado para viver a revolução da indústria 4.0?** 2015. Disponível em: https://computerworld.com.br/plataformas/voce-esta-preparado-para-viver-a-revolucao-da-industria-4-0/. Acesso em 12 out. 2020.

SATTERTHWAITE, David. **Como as cidades podem contribuir para o Desenvolvimento Sustentável**. In: MENEGAT, Rualdo e ALMEIDA, Gerson (org.). **Desenvolvimento Sustentável e Gestão Ambiental nas Cidades, Estratégias a partir de Porto Alegre**. Porto Alegre: UFRGS Editora, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional.** 10ª edição atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013.

STOCK, T.; SELIGER, G. **Opportunities of sustainable manufacturing in industry 4.0.** Procedia Cirp, v. 40, p. 536-541, 2016.

A DIMENSÃO TECNOLÓGICA DA SUSTENTABILIDADE E A REGULAÇÃO SUSTENTÁVEL DAS TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS

THE TECHNOLOGICAL DIMENSION OF SUSTAINABILITY AND THE SUSTAINABLE REGULATION OF DISRUPTIVE TECHNOLOGIES

Cássio Bruno Castro Souza1

RESUMO: O progresso tecnológico é imprescindível para que se alcance a construção de um modelo de vida social viável. Por essa razão, a regulação estatal das tecnologias disruptivas deve, necessariamente, ser orientado pelo paradigma da sustentabilidade. Neste artigo, discutiu-se como uma regulação sustentável das tecnologias disruptivas pode potencializar os resultados perseguidos pelas dimensões ambiental, econômica e social da sustentabilidade, a partir da introdução de ferramentas, plataformas e modelos de negócio capazes de oferecer serviços públicos com mais eficiência, maior cobertura populacional e de forma mais barata para a população.
Palavras-chave: Tecnologia disruptiva. Regulação. Inovação. Sustentabilidade.

ABSTRACT: Technological progress is essential for the construction of a viable social life model. For this reason, state regulation of disruptive technologies must necessarily be guided by the sustainability paradigm. In this paper, we discussed how sustainable regulation of disruptive technologies can enhance the results pursued by the environmental, economic and social dimensions of sustainability, by introducing tools, platforms and business models that can offer public services more efficiently, more effectively. population coverage and more cheaply for the population.
Keywords: Disruptive Technology. Regulation. Innovation. Sustainability.

INTRODUÇÃO

O progresso tecnológico e a estrutura da sociedade da informação podem potencializar o modelo de sociedade sustentável, promovendo bem-estar, justiça social, desenvolvimento econômico, eliminação de privações e redução de desigualdades. Não por outra razão o desenvolvimento tecnológico e a inovação são objetivos perseguidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O problema que empolgou esta pesquisa pode ser resumido na seguinte pergunta: a regulação das tecnologias disruptivas deve observar o paradigma da sustentabilidade?

A hipótese testada nesta pesquisa respondia de forma positiva ao problema proposto. O paradigma da sustentabilidade é imprescindível à regulação adequada das novas tecnologias, sobretudo daquelas capazes de gerar impactos tão profundos no mercado e na sociedade. Uma regulação sustentável potencializaria as vantagens trazidas pelo progresso tecnológico, promovendo externalidades positivas.

Para testar a hipótese descrita, realizou-se ampla revisão bibliográfica, seja da literatura jurídica nacional, seja da literatura jurídica internacional. O método utilizado foi o dedutivo e a análise qualitativa. O objetivo geral, consistente no teste da hipótese anunciada, foi alcançado.

Este artigo está dividido em três seções. A primeira delas demonstrará como o paradigma da sustentabilidade pode potencializar as vantagens social e econômica trazidas pelo progresso tecnológico. A segunda seção apresentará as categorias operacionais necessárias à pesquisa. A terceira seção demonstrará, a partir de estudos de casos, os impactos tecnológicos produzidos pela plataforma Uber e pelo desenvolvimento de veículos autônomos e as alternativas regulatórias.

A hipótese que empolgou esta pesquisa foi, ao final, confirmada. Como se demonstrará, Estado e tecnologia se relacionam de maneiras variadas e, por intermédio da regulação, o Poder Público é capaz de induzir comportamentos sustentáveis e melhorar a qualidade de vida de seus cidadãos.

1. A SUSTENTABILIDADE COMO PARADIGMA REGULATÓRIO

A sustentabilidade se coloca como um novo paradigma do direito, responsável por redefinir as pautas axiológicas a nível local, nacional, internacional e transnacional, o que a torna, do ponto de vista jurídico, "critério normativo para a reconstrução da ordem econômica [...], da organização social [...], e [...] do meio ambiente" (CRUZ; FERRER; GLASENAPP, 2014, p. 1.455-1.456; 1.460). Como adverte CANOTILHO (2010, p. 8), "a sustentabilidade configura-se como uma dimensão autocompreensiva de uma constituição que leve a sério a salvaguarda da comunidade política em que se insere".

Por essa razão, a sustentabilidade comporta-se como um princípio constitucional pluridimensional, que condiciona o modelo de desenvolvimento baseado no bem-estar e na garantia de um direito inalienável ao futuro (FREITAS, 2019, p. 61-63). Enquanto princípio jurídico, a sustentabilidade, além de multidimensional, vincula ética e juridicamente (por ser princípio constitucional) o comportamento do Estado e deve estar inerentemente associada ao bem-estar duradouro (FREITAS, 2019, p. 55-56), bem como representa uma mudança paradigmática, repensando os valores humanos, as políticas e as regras do jogo (SOUZA; ARMADA, 2017, p. 26) ou, como argumentar Vanice Regina Lírio do Valle (2011, p. 131), a instituição, sobre o agir do poder público (e dos demais atores sociais) de uma equivalência jurídica entre a cidadania atual e a cidadania futura (porque merecedoras de igual proteção), bem como o reconhecimento de que uma situação hipotética de plenitude do bem-estar da atual geração "pode se deslegitimar pelos seus reflexos adversos nas gerações por vir; ou pode ser constringida, num verdadeiro *trade off* em favor das potencialidades futuras de bem-estar."

A sustentabilidade, portanto, supera o conceito de desenvolvimento sustentável, uma vez que este, ao compreender um modelo de satisfação de necessidades presentes sem comprometimento de necessidades próprias de futuras gerações, insiste na ideia de que o desenvolvimento econômico clássico é o motor para o processo de desenvolvimento (JOHNSTON et al, 2007, p. 66). Muito embora o desenvolvimento sustentável proponha uma adequada gestão dos recursos naturais com o propósito de garantir uma justiça intergeracional, nada se diz sobre como com em ação a justiça para o futuro e mesmo a justiça intrageracional (CRUZ; FERRER, 2015. p. 242). Portanto, a sustentabilidade é um conceito que vai além da noção de desenvolvimento sustentável.

A partir da sustentabilidade, tenta-se "construir uma sociedade global capaz de se perpetuar indefinidamente no tempo em condições que garantam a dignidade

humana" (CRUZ; FERRER, 2015, p. 240). Uma vez que esse modelo de sociedade é construído, tudo o que contribua para este processo será sustentável, ao passo que tudo o que não contribua será insustentável (CRUZ; FERRER, 2015, p. 240). O processo para construção de uma sociedade sustentável pressupõe a (i) admissão de que a sociedade planetária possui um destino comum, superando a visão ocidental de mundo; (ii) a celebração de um pacto de não comprometimento da possibilidade de manutenção dos ecossistemas que possibilitam a subsistência da espécie humana em condições ambientais aceitáveis; (iii) a garantia de alimentação, vida digna e redução de injustificáveis desigualdades, reconsiderando e reformulando os modelos de produção e de distribuição de riquezas, uma vez que a fome e a pobreza não são sustentáveis; (iv) o alcance de um grau mínimo de justiça social, (v) a construção de novos modelos de governança que prefiram o interesse geral sobre individualismos não solidários, politizando a globalização, colocando-a a serviço das pessoas e ampliando novos mecanismos de governo a partir de novas formas de democracia; (vi) a instrumentalização, a serviço do objetivo comum, da ciência e da técnica (CRUZ; FERRER, 2015, p. 241).

Pela sua multidimensionalidade, a sustentabilidade possui dimensões econômica, social, ambiental e tecnológica. A dimensão ambiental é a primeira e mais conhecida dimensão da sustentabilidade. A tomada de consciência de que o ecossistema planetário não resistiria ao modo de vida da sociedade atual e que isso colocava em risco a própria sobrevivência humana foi o motor das preocupações globais que fizeram a comunidade internacional a propor ações comuns (CRUZ; FERRER, 2015. p. 244). A dimensão ambiental denota um direito intergeracional ao ambiente limpo, em todos os aspectos (FREITAS, 2019, p. 72).

Enquanto a sustentabilidade ambiental vincula um direito intergeracional a um ambiente equilibrado, a sustentabilidade econômica significa viabilizar a produção de riqueza em um modelo de produção sustentável, bem como promover uma justa distribuição dessa riqueza socialmente produzida (CRUZ; FERRER, 2015. p. 244-245).

A sustentabilidade social, por outro lado, "pretende construir uma sociedade mais harmônica e integrada" (CRUZ; FERRER, 2015. p. 247). Essa engenharia depende da garantia de direitos sociais, políticos, individuais e a formulação de instituições "e regras que sejam úteis para uma sociedade mais justa, mais inclusiva e mais humana" (CRUZ; FERRER, 2015. p. 247). Uma sociedade inclusiva rejeita a ideia de exclusão social, compreendida como a exclusão de grupos do direito à satisfação de necessidades materiais básicas, tais como o acesso a oportunidades econômicas, segurança protetora, educação, saúde (SEN, 2010, p. 50). Em síntese, a exclusão social opera em três dimensões: a privação econômica, a privação social e a privação política (CRUZ; FERRER, 2015. p. 248).

A sustentabilidade é uma mudança de paradigma, portanto. E o "progresso tecnológico acabou por servir como grande propulsor da possibilidade de substituição paradigmática" (CRUZ; FERRER, 2015. p. 255). Nesse sentido, na medida em que a "Sustentabilidade pretende a construção de um modelo social viável, já foi visto que, sem atender ao fator tecnológico, não se pode sequer imaginar como será essa sociedade" (CRUZ; FERRER, 2015. p. 259). A tecnologia é capaz de potencializar os resultados perseguidos pelas dimensões ambiental, econômica e social da sustentabilidade, a partir da introdução de

ferramentas, plataformas e modelos de negócio capazes de oferecer serviços públicos com mais eficiência, maior cobertura populacional e de forma mais barata para a população.
Uma vez que a tecnologia pode potencializar a estruturação de uma sociedade sustentável, é razoável argumentar que que tecnologias baseadas em um processo de inovação disruptivo devem receber, por parte do Estado, um tratamento regulatório sustentável que, ao mesmo tempo em que proteja pessoas contra efeitos pouco amistosos da inovação, seja capaz de promover maior inclusão, maior redistribuição de renda, maior desenvolvimento tecnológico, social e econômico.

2. A REGULAÇÃO JURÍDICA DAS TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS

A regulação das tecnologias no contexto da Indústria 4.0 representa um desafio para os Estados. Em primeiro lugar, porque a internet e as novas tecnologias levaram ao rápido surgimento de novos mercados e indústrias inteiras. Em segundo lugar, porque as estruturas regulatórias, geralmente desenvolvidas em torno de modelos de negócios anteriores, demoraram a se adaptar e mudar. Em terceiro lugar, porque introduziram novos riscos aos consumidores. Em quarto lugar, pelo desconforto causado pelas novas tecnologias com os governos.
Esse contexto exige que os Estados repensem as estruturas, processos e estratégias regulatórias e reconheçam a existência de desafios estruturais importantes para esse processo, tais como o foco em diferentes objetivos entre o setor privado de inovação e o setor público (lucro *versus* bem público), resultantes de uma mentalidade também diversa (elevar tetos a partir da inovação, em contraposição à garantia de pisos). Além disso, os modelos operacionais se movem em velocidades diferentes e existem diferentes níveis de sofisticação tecnológica.
Este capítulo cuidará de traçar um panorama geral dos desafios da regulação de tecnologias disruptivas, preparando o caminho para o terceiro capítulo, onde se realizará um estudo sobre duas importantes tecnologias que provocaram (e tem provocado) impactos sociais e econômicos relevantes: a Uber e a contínua automação de veículos.
Neste artigo, entende-se por tecnologia “o uso de conhecimentos científicos para especificar as vias de se fazerem as coisas de uma maneira reproduzível” (CASTELLS, 1999, p. 49) ou simplesmente um método de transformar a cultura e a economia dos sistemas e instituições existentes (DASH, 2018).
Por sua vez, deve-se compreender por tecnologia disruptiva (ou inovação disruptiva) como uma noção relacionada à forma como o desenvolvimento tecnológico pode afetar o modo como os modelos de negócios existentes operam (CHRISTENSEN, 1997). Pode-se afirmar que existem duas formas de evolução tecnológica: a sustentada e a disruptiva. A tecnologia sustentada corresponde a uma tecnologia que está evoluindo gradualmente ou mesmo melhorando as tecnologias estabelecidas, sobretudo o seu desempenho. A tecnologia disruptiva, contudo, corresponde a um novo tipo de tecnologia que, no momento em que é introduzida, pode ser menos confiável que a tecnologia estabelecida, mas que rapidamente se torna confiável. A tecnologia disruptiva possui aplicações incertas na ocasião de seu aparecimento, mas pode afetar significativamente a maneira como as cosias são produzidas a partir do momento em que conquista reconhecimento (CHRISTENSEN, 1997). Uma tecnologia

disruptiva vai além da mera melhora do que já existe e procura explorar mercados imprevistos, cria produtos para resolver problemas que consumidores não sabem possuir e transforma o modo como os negócios são realizados (KATYAL, 2014, p. 1.685). Ou seja, no sentido mais amplo, a inovação disruptiva se refere ao fenômeno de um novo participante surgir e virar de cabeça de um setor existente (MCPEAK , 2019).

A tecnologia não é neutra (STRATE, 2012, p. 6-9; MAGRANI, 2019) nem inevitável (LEONARDI, 2008, p. 975-984). Essa afirmação é importante para que se possa compreender o papel a ser desempenhado pela regulação da tecnologia. Ao se afirmar, por exemplo, que a tecnologia não é neutra, abre-se espaço para que o processo de desenvolvimento de softwares seja orientado por preceitos éticos. Não se rejeita a ideia de que a maioria das pessoas que desenvolvem tecnologias deseja sinceramente fazer o bem. Todavia, e em especial nos casos de tecnologias baseadas em algum nível de inteligência artificial, a maior parte da educação tecnológica não inclui treinamento ético. E, mais sintomático: a tecnologia geralmente é construída com surpreendente ignorância sobre seus usuários. A tecnologia, portanto, apresenta, em seu processo regulatório, uma complexidade que não se encaixa perfeitamente nas categorias existentes.

O mito da neutralidade da tecnologia e as falhas de mercado decorrentes da assimetria de informações entre empresas de tecnologia e seus usuários, especialmente no que diz respeito a seu desenvolvimento, faz com que o Estado opte por regular o desenvolvimento, a implementação e a comercialização de tecnologias. Os modelos de competição presumem que os consumidores sabem tudo sobre a qualidade de determinado produto. No entanto os autores entendem que os consumidores preferem fazer compras com informações imperfeitas, a terem que arcar com os custos da obtenção da informação completa. Por estas razões surgem os problemas de informação (MITCHELL; SIMMONS, 2003, p. 33-68).

A possível existência de falhas de mercado, todavia, não esgota as justificativas políticas para a intervenção regulatória do Estado, de modo que é razoável legitimar a intervenção do Estado por intermédio da regulação a partir da necessidade de promover “direitos fundamentais e de valores sociais e culturais; a inclusão de grupos minoritários e excluídos; a proteção de interesses intergeracionais; demandas redistributivas; e por fim, as falhas de escolha” (BAPTISTA; KELLER, 2019, p. 140). Ou seja, não apenas falhas de mercado, mas a necessidade de promoção de valores constitucionais e incentivar pessoas a fazer a escolha certa podem justificar a regulação do Estado - muito embora, no último caso, a intervenção do Estado proposta pelo paternalismo libertário para incentivar pessoas a fazerem boas escolhas seja mais sutil e menos coercitiva (THALER; SUNSTEIN, 2009, p. 6).

Tão importante quanto responder por qual razão regular é identificar em que momento, em que âmbito a regulação deve ser realizada e a partir de quais princípios. Por exemplo, existem fortes razões para que se argumente que, muito embora o parlamento seja o local mais apropriado para a elaboração dessa regulação, o processo regulatório por intermédio dos legislativos é metódico e baseado na deliberação (processo que demanda tempo de tramitação), estabelecem pisos, sem elevar tetos e seu resultado é, em geral, uma carta de direitos e que, muitas vezes, possuem portfólios amplos e, portanto, não possuem o conhecimento técnico sobre a matéria a ser regulada.

Esse modelo regulatório é problemático frente a tecnologias disruptivas e a resposta da política normalmente ocorre de quatro maneiras: ou pela proibição do uso da tecnologia; ou pela liberação (sem regulação); ou disciplinando as situações jurídicas decorrentes dessa nova tecnologia a partir de um regulamento antigo; ou forjando um novo marco regulatório para a inovação disruptiva.

Apenas a título exemplificativo, convém registrar que, no Brasil., tramitou o Projeto de Lei nº 2.303/2015, que pretendia incluir as “moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de 'arranjos de pagamento' sob a supervisão do Banco Central", alterando a Lei nº 12.865, de 2013 e da Lei 9.613, de 1998. Contudo, durante sua tramitação, apresentou-se relatório acolhendo o projeto na forma de substitutivo e, na prática, propondo novo texto que, dessa vez, proíbe e criminaliza a “comercialização, intermediação e mesmo a aceitação como meio de pagamento para liquidação de obrigações no país” das chamadas moedas virtuais, moedas digitais ou criptomoedas.

Patrícia Batista e Clara Keller (2019, p. 133) consideram que o Estado normalmente se relaciona de quatro formas com a tecnologia e sua evolução: por equivalência, quando “o processo regulatório, em si, de fato funciona como uma tecnologia”; por instrumentalidade, quando “o Estado se utiliza de novas tecnologias para desenvolver e implementar políticas públicas” (BAPTISTA; KELLER, 2019. p. 132-133) e, nesse caso, o Estado funciona como indutor de inovação por intermédio de compras públicas; por incentivo, quando impõe ou estimula o uso de determinada tecnologia (BAPTISTA; KELLER, 2019. p. 133); e por regulação, quando o Estado regula determinada tecnologia.

Os limites deste artigo impedem que se dedique a expor cada uma das maneiras pelas quais o Estado se relaciona com a tecnologia. Para que se cumpra com seus estreitos propósitos (demonstrar como a regulação mais eficiente das tecnologias disruptivas deve observar o paradigma da sustentabilidade), argumentar-se-á que a regulação das tecnologias disruptivas deve observar dois princípios fundamentais: o princípio da neutralidade tecnológica e o princípio da sustentabilidade.

Na comunidade europeia, a regulação de novas tecnologias deve, sobretudo, respeitar o princípio da neutralidade tecnológica que, em síntese, garante a liberdade de indivíduos e organizações de escolher a tecnologia mais apropriada e adequada às suas necessidades. Desse modo, os produtos, serviços ou estruturas regulatórias, considerando o princípio da neutralidade tecnológica, não podem criar imposições nem discriminar a favor do uso de um tipo específico de tecnologia. A base jurídica do princípio da neutralidade tecnológica reside no artigo 8.º da Diretiva-Quadro (2002/21/CE), que estabelece que «no desempenho das tarefas de regulamentação, em particular as destinadas a garantir uma concorrência efetiva, as autoridades reguladoras nacionais devem máxima consideração da conveniência de tornar a regulamentação tecnologicamente neutra” (PARLAMENTO EUROPEU, 2002).

O princípio da neutralidade tecnológica garante uma dupla proteção: ao mercado, sinalizando uma proibição de tratamento discriminatório de uma tecnologia em particular (o que produz importantes incentivos à inovação e à livre concorrência), e aos consumidores, garantindo-lhe o direito de escolha informada.

Além do princípio da neutralidade tecnológica, a regulação das tecnologias disruptivas deve ser orientada pelo princípio da sustentabilidade. Como já se

antecipou, o “progresso tecnológico acabou por servir como grande propulsor da possibilidade de substituição paradigmática” (CRUZ; FERRER, 2015, p. 255), razão pela qual “se a Sustentabilidade pretende a construção de um modelo social viável, já foi visto que, sem atender ao fator tecnológico, não se pode sequer imaginar como será essa sociedade” (CRUZ; FERRER, 2015, p. 259). A inovação tecnológica é capaz de potencializar os resultados perseguidos pelas dimensões ambiental, econômica e social da sustentabilidade, a partir da introdução de ferramentas, plataformas e modelos de negócio capazes de oferecer serviços públicos com mais eficiência, maior cobertura populacional, de forma mais barata para a população, permitindo o compartilhamento da propriedade e do espaço urbano.

Tecnologia e compartilhamento caminham lado a lado nas últimas décadas, com “iniciativas como o desenvolvimento de software livre” (LEMOS; SOUZA, 2016, p. 1.763), que formaram uma comunidade de “programadores e entusiastas que enxergam nessa forma de colaboração o meio mais eficaz para se criar programas cada vez mais sofisticados, seguros e que possam ser utilizados por um número crescente de pessoas” (LEMOS; SOUZA, 2016, p. 1.763). Ao promover uma utilização eficiente do bem (acentuando sua função social) e a transparência nas relações contratuais (promovendo boa-fé objetiva), a economia do compartilhamento contribui para uma tutela da confiança nas relações sociais, “a partir do desenvolvimento de novos mecanismos que permitem às partes pactuarem de modo claro e informado” (LEMOS; SOUZA, 2016, p. 1.765).

O Direito brasileiro, ao disciplinar constitucionalmente o direito de propriedade nos artigos 170, II e III, e 186 da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como ao cuidar de dispor sobre a função social da propriedade urbana no artigo 39 do Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001), elencou, como critério para a observância da sua função social “(i) o aproveitamento racional e adequado; (ii) preocupações com a sustentabilidade; (iii) o atendimento a necessidade relativas à qualidade de vida das pessoas; e (iv) o desenvolvimento de atividades econômicas através do bem” (LEMOS; SOUZA, 2016, p. 1.767). Todas essas exigências podem ser normalmente atingidas com a economia do compartilhamento. A aproximação entre passageiros e motoristas feita pelo Uber faz com que veículos sejam utilizados de forma mais racional e adequada, seja ao possibilitar a redução do número de carros em circulação das cidades e aumentar o número de espaços para estacionamentos.

A utilização racional e adequada viabilizada pelo Uber gera externalidade positiva ao meio ambiente justamente pela redução de carros em circulação e aproveitamento adequado do espaço urbano. A qualidade de vida é garantida pela transparência nas transações, confiança e conforto. Por fim, veículos que anteriormente estavam parados ou circulando pela cidade podem ser utilizados economicamente para oferecer serviço de transporte intermediado pela plataforma (LEMOS; SOUZA, 2016, p. 1.767-1.768).

3. ESTUDO DE CASO DA UBER E VEÍCULOS AUTÔNOMOS: É POSSÍVEL UMA REGULAÇÃO SUSTENTÁVEL?

A Uber se define como uma plataforma tecnológica que conecta motoristas e motociclistas em tempo real e oferece uma tarifa, um corte e um seguro. Não se desconhece a existência de uma profunda discussão a respeito da natureza da

plataforma: se um serviço da sociedade da informação ou um serviço de transporte.

O Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu, em dezembro de 2017, que a Uber é uma empresa de transporte, ao considerar que “este serviço de intermediação faz parte de um serviço global cujo elemento principal é um serviço de transporte e, portanto, este não corresponde à qualificação de 'serviço da sociedade da informação', mas à de 'serviço no âmbito dos transportes'". Por essa razão, o Tribunal de Justiça da União Europeia considerou que cabe “aos Estados-membros [da UE] regular as condições de prestação destes serviços, sempre que se respeitem as normas gerais do Tratado de Funcionamento da União Europeia”. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 2017).

Nos Estados Unidos, no Estado da Califórnia, aprovou-se, em 18 de setembro de 2019, a California Assembly Bill 5 (AB 5)[36], que passou a exigir que empresas como Uber e Lyft tratem trabalhadores contratados como funcionários.

A natureza da plataforma pode ser relevante, sobretudo para definição do nível regulatório em determinado país (regulação nacional ou local) e do que se regular: exigência de seguros, proteção ao consumidor, verificação de antecedentes e limites de automóveis por prestador de serviços.

No Brasil, a Lei Federal nº 12.587/2012 regulou o transporte remunerado privado individual de passageiros, definindo-o como transporte remunerado privado individual de passageiros o serviço remunerado de transporte de passageiros, não aberto ao público, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede (inciso X do art. 4º da Lei 12.587/2012), fixou diretrizes para a regulação dos serviços pelos Municípios e expressamente disciplinou os requisitos para que o serviço possa ser exercido. Nesse sentido, o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º da Lei Federal nº 12.587/2012, nos Municípios que optarem pela sua regulamentação, somente será autorizado ao motorista que (i) I - possuir Carteira Nacional de Habilitação na categoria B ou superior que contenha a informação de que exerce atividade remunerada; (ii) conduzir veículo que atenda aos requisitos de idade máxima e às características exigidas pela autoridade de trânsito e pelo poder público municipal e do Distrito Federal; (iii) emitir e manter o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV); e (iv) apresentar certidão negativa de antecedentes criminais.

Além da discussão a respeito da natureza da plataforma, a natureza do serviço prestado pelos motoristas também é relevante do ponto de vista regulatório. Caso os motoristas sejam tratados como empreendedores individuais, a regulação deverá levar em consideração aspectos relacionados a contribuições previdenciárias, pagamento de impostos e proteção aos consumidores típicas dessas pessoas. Por outro lado, a definição dessas pessoas como empregadas acabaria por submeter a plataforma a regulações trabalhistas que, no final das contas, significaria sujeitar esse novo negócio a regulamentos antigos.

É importante que se perceba a mudança provocada pela Uber no mercado. A Uber é uma plataforma que cresceu incrivelmente rápido, alavancando clientes como força de campanha e diferenciando-se e protegendo-se das empresas

[36] A California Assembly Bill 5 (AB 5) teve por objetivo emendar a Seção 3351 e adicionar a Seção 2750.3 ao Código do Trabalho da Califórnia, bem como alterar as Seções 606.5 e 621 do Código de Seguro-Desemprego, relativas ao emprego.

existentes por sua função de plataforma tecnológica. O seu nascimento em meio a um vácuo regulatório fez com que a plataforma pegasse os reguladores desprevenidos e as multas administrativas foram tratadas, pela companhia, como custo para se fazer negócios.

Os limites deste artigo não permitem uma avaliação dos efeitos das regulações até então realizadas sobre a Uber. Todavia, a discussão proposta recomenda que se pergunte a respeito de quem, em um Estado de Direito, deve tomar decisões regulatórias: legisladores, agências reguladoras ou o Judiciário?

O estudo de caso da Uber leva, ainda, a uma outra questão, igualmente relevante: como regular tecnologias avançadas. Atualmente, existe uma lacuna regulatória. Como exemplos de tecnologia avançada, pode-se citar os veículos autônomos, a aviação urbana e a inteligência artificial.

Juarez Freitas propõe, ainda que em caráter provisório, a assimilação da inteligência artificial como um "sistema cognitivo de máquina, adaptável e relativamente autônomo, emulatório da inteligência decisória humana" (FREITAS, 2019, p. 16). Para MINSKY, inteligência artificial é "a ciência de fazer com que máquinas façam coisas que requereriam inteligência se feitas pelos homens" (MINSKY, 1961, p. 9). Essas tecnologias avançadas, muitas das vezes, exigem uma abordagem regulatória diferente, sobretudo pelos impactos que podem causar na sociedade.

Tomem-se por exemplo os veículos autônomos. Os veículos podem apresentar diferentes níveis de automação. Veículos podem não contar com nenhuma automação (onde o carro não possui autonomia e o motorista deve executar todas as tarefas – nível 0), podem conter dispositivos de assistência aos motoristas (o veículo é controlado pelo motorista, mas algumas funções de assistência podem ser incorporadas ao *design* – nível 1), ou automação parcial (nível 2), automação condicional (nível 3), até níveis de alta automação (nível 4) e completa automação (nível 5). Nos níveis de automação 4 e 5, o veículo é capaz de executar todas as funções relacionadas à direção sob certas condições e o motorista pode ter a opção de controlar o veículo, ou o veículo é capaz de executar todas as funções relacionadas à direção sob todas as condições.

A automação de veículos pode trazer muitos benefícios potenciais à sociedade, como, por exemplo, o incremento dos níveis de segurança - cerca de 40.000 mortes/ano nos EUA, e aumentando; 94% causadas por seres humanos (NHTSA, 2016), melhor mobilidade urbana – maior propulsor de oportunidades econômicas –, aumento de equidade (apanha em qualquer bairro, trata todos os pedestres igualmente), acréscimo de produtividade (o deslocamento está aumentando parte do tempo gasto), acentua a independência, reduz congestionamento, cria externalidades positivas ao meio ambiente (com a utilização de veículos elétricos) e pode contribuir para que o espaço urbano seja redesenhado, recuperando o uso da terra para outras funções (por exemplo, parques, casas).

A mediação do acesso feita pela tecnologia poderia atenuar os impactos da tragédia dos bens comuns ao viabilizar o surgimento de uma produção colaborativa entre pares (LEMOS; SOUZA, 2016, p. 1.761). A tecnologia, ao criar esse espaço de produção colaborativa e de compartilhamento de bens e serviços entre indivíduos seria agente de promoção de bem-estar coletivo ao mesmo tempo em que viabilizaria o acesso a bens e serviços individualmente (LEMOS; SOUZA, 2016, p. 1.761). O uso apenas do necessário para satisfação de necessidades produz "não apenas uma nova lógica de apropriação de bens, mas

também implica em uma significativa mudança para quem disponibiliza o bem ou o serviço, já que se procura retirar do mesmo o seu maior aproveitamento, evitando ociosidade e conectando a chamada economia do compartilhamento com uma cultura de colaboração e interatividade que marcou de modo muito relevante o desenvolvimento tecnológico das últimas décadas" (LEMOS; SOUZA, 2016, p. 1.761). A economia do compartilhamento "faz com que o possuidor de um bem que pode ser utilizado por terceiro possa alcançar um público interessado em se valer dele sem que a pessoa precise necessariamente adquirir o bem visado" (LEMOS; SOUZA, 2016, p. 1.761).

A despeito dos benefícios potenciais, as tecnologias avançadas (em especial, os veículos autônomos), oferecem riscos potenciais, tais como riscos à segurança (pode ter acidentes em curto prazo; excesso de confiança na autonomia), aumento do fosso digital (crescimento potencial das diferenças urbanas e rurais), diminuição da equidade (porque leva ao subinvestimento no transporte público), maior congestionamento e prejuízo ambiental (aumento da expansão suburbana).

Não é, portanto, exagero afirmar que a tecnologia é tão boa quanto a infraestrutura de políticas que a habilita. Por essa razão, é possível imaginar potenciais questões regulatórias.

Quando se pensa em tecnologias com níveis de automação parcial ou condicional, é comum surgirem problemas do tipo *do as I say, not as I do.* Por exemplo: dependência excessiva, o truque do piloto automático e o exemplo *google*. Que responsabilidades possuem os fabricantes e os reguladores, nesses casos?

Problemas com definição do nível de segurança suficiente em teoria, com o problema de *trolley*, com o tratamento de dados, direitos de privacidade e monetização do tempo, impactos de responsabilidade, automação da mão-de-obra e AVs e o meio ambiente.

No que diz respeito à alta automação, o que pode ser definido como um nível de segurança suficiente? Um dado pode ilustrar bem o problema. Nos Estados Unidos da América, "1,18 pessoas morrem por 100 M de milhas rodadas conduzidas por seres humanos" (NHTSA, 2016); 90% dos motoristas pensam que estão acima da média (GILADI; KLAR, 2002, p. 538–551; ROY; LIERSCH, 2014, p. 1648–1659) - superioridade ilusória (CROSS, 1977, p. 1–15) - e motoristas humanos tendem a não observar regras de trânsito.

A regulação pode exigir dos desenvolvedores demonstração de segurança. No caso dos carros autônomos, por exemplo, é possível exigir auto-avaliação de segurança do veículo, demonstração de ser uma empresa/abordagem processual confiável, validação voluntária de terceiros, simulação de terceiros necessária "teste de drivers", testes de rodagem de, no mínimo, determinada quilometragem antes de chegar às ruas etc.

Um problema regulatório importante, no que diz respeito às tecnologias avançadas, e em especial no desenvolvimento de inteligência artificial, é o *Trolley Problem*. No fundo, é um problema ético, a exigir o desenvolvimento de programas a partir de um modelo de ética *by design*.

Não se pode menosprezar, portanto, os problemas éticos e, sobretudo, superestimar decisões algorítmicas, como se desprovida de vieses fosse. A despeito do mito da neutralidade algoritmica, algoritmos podem ser preconceituosos e tendenciosos. Para a economia clássica, a tomada de decisões econômicas é tendenciosa (enviesada) se produzir produtividade

desigual entre os grupos na margem (COWGILL; TUCKER, 2019, p. 6). Vieses, portanto, são erros sistemáticos, que podem se reproduzir de forma previsível em circunstâncias particulares (KAHNEMANN, 2012, p. 10). A palavra viés, na forma como utilizada neste projeto, é uma tradução da palavra inglesa *bias*. Na língua inglesa, *bias* possui uma conotação negativa e se refere a algo que deve ser evitado ou que pé problemático, ou, também, como algo que se desvia de um padrão. Logo, é possível falar em um viés estatístico quando uma estimativa se desvia de um padrão estatístico (por exemplo, o verdadeiro valor da população); em um viés moral quando um julgamento se desvia de uma norma moral; em um viés regulatório ou legal, viés social, viés psicológico e outros. De um modo mais geral, existem muitos tipos de viéses, dependendo do tipo de padrão usado (DANKS; LONDON, 2017, p. 4.692). Um algoritmo é tendencioso (enviesado) quando apresenta erros sistemáticos e repetíveis e, consequentemente, produz resultados injustos e desiguais ao privilegiar arbitrariamente determinados grupos em detrimento de outros.

Veículos autônomos, por exemplo, estão sujeitos a problemas éticos e o seu desenvolvimento requer que se perceba uma colisão a tempo de considerar outros caminhos; ter apenas um caminho alternativo viável; e ser capaz de reagir a tempo de dirigir o carro na colisão alternativa. Os veículos autônomos tornarão esses cenários mais raros e provavelmente terão muitos caminhos.

Uma vez que a automação dos veículos baseada em inteligência artificial depende da capacidade de processamento de grandes dados, problemas relacionados à segurança da informação, dados e privacidade deverão ser enfrentados pela regulação dessas tecnologias. Por exemplo, os veículos serão capazes de coletar mais dados do que nunca. A maneira como esses dados serão usados, compartilhados etc. pelas empresas deve ser objeto de definições legais precisas.

Quando se penda em responsabilidade civil, é conveniente pensar que a abordagem da teoria da responsabilidade pode variar, a depender do nível de automação da tecnologia. Ou seja, a responsabilidade por prejuízos causados na utilização de uma tecnologia de nível 2 ou 3 exige tratamento diverso daqueles causados por uma tecnologia de níveis 4 e 5, seja, entre outros aspectos, no que diz respeito aos critérios de responsabilidade civil, definição de responsáveis pelo dano e pelo dever de indenizar (fabricantes, operadores, manutenção etc).

O impacto dessas tecnologias no trabalho também deve ser considerado, seja para decidir pela incidência de uma regulação já existente, seja para confeccionar uma nova legislação tecnologicamente sustentável.

Como se pode notar, quando se observa apenas uma tecnologia disruptiva (os veículos autônomos), é possível perceber como todas as questões sociais são por ela abrangidos: automação do trabalho, crescimento de dados, privacidade, design urbano, ambiental, econômico. Por essa razão, o desenvolvimento dos veículos autônomos é uma oportunidade de revisitar e repensar muitas questões de maneira mais ampla.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez que o Estado decide regular as tecnologias disruptivas, seja para corrigir falhas de mercado, falhas de escolha ou para promover valores constitucionalmente protegidos, a regulação deve ser orientada pelos princípios

da neutralidade tecnológica e pelo princípio da sustentabilidade.
Além de sustentável, a regulação deve ser mais ágil e empresas de tecnologia e formuladores de políticas públicas regulatórias devem ter entendimento mútuo a respeito dos propósitos regulatórios, traçando caminhos mais claros e incentivos para a autorregulação inicial, facilitação de compartilhamento de dados com o setor público, e um modelo de regulação *sandbox,* modelo normalmente utilizado na regulação do mercado de capitais que consiste em uma autorização temporária conferida pela regulação financeira para que empresas inovadoras selecionadas "sejam autorizadas a conduzir seus negócios dentro de um regime regulatório mais flexível, desde que obedeçam a parâmetros previamente acordados junto ao regulador" (COUTINHO FILHO, 2018, p. 266). Assim, confere-se "um desconto regulatório para empresas que, devido a seu estágio inicial, não teriam porte para cumprir as exigências regulatórias aplicáveis aos provedores de serviços financeiros clássicos" (COUTINHO FILHO, 2018, p. 266). Por fim, além de uma regulação que fomente um ambiente de inovação responsável, o Estado deve criar incentivos e mecanismos que garantam um modelo regulatório baseado em premissas éticas no desenvolvimento de tecnologias avançadas, com o objetivo de reduzir os riscos potenciais do desenvolvimento tecnológico, em especial dos riscos de enviezamento algorítmico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set. 2016. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66659/64683>. Acesso em: 03 Dez. 2019, p. 140.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékhne**, Barcelos, n. 13, p. 07-18, jun. 2010. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 28 jan. 2020.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CHRISTENSEN, Clayton. The Innovator's Dilemma – When New Technology Causes Great Firms to fail, **Harvard Business Review Press**, Boston, 1997.

COUTINHO FILHO, Augusto. Regulação 'Sandbox' como instrumento regulatório no mercado de capitais. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 5, n. 2, p. 264-282, 7 ago. 2018.

COWGILL, Bo; TUCKER, Catherine. Economics, Fairness and Algorithmic Bias (March 27, 2019). In preparation for **The Journal of Economic Perspectives**; Columbia Business School Research Paper Forthcoming. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=3361280. Acesso em 27 nov. 2019.

CROSS, K. Patricia*. "Not Can But Will College Teachers Be Improved?". **New Directions for Higher Education**. 1977 (17): 1–15.*

CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como ampliação de seus fundamentos. **Seqüência (Florianópolis)**, n. 71, p. 239-278, dez. 2015.

CRUZ, Paulo; FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano. Sustentabilidade: um novo paradigma para o Direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, vol. 19, n. 4, Edição Especial 2014, 2014, pp. 1.433-1.464, p. 1.455-1.456; 1.460.

DASH, Anil. **12 Things Everyone Should Understand About Tech**. Disponível em: <https://anildash.com/2018/04/08/12-things-everyone-should-understand-about-tech/>. Acesso em 27 nov. 2019.

DANKS, David; LONDON, Alex John. Algorithmic bias in autonomous systems. In **Proc. of the Int. Joint Conf. on Artificial Intelligence**, pages 4691–4697. AAAI Press, 2017.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: **Direito ao futuro**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FREITAS, Juarez. Direito Administrativo e inteligência artificial. **Int. Públ. – IP**, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 15-29, mar./abr. 2019.

GILADI, Eilath E.; KLAR, Yechiel. When Standards Are Wide of the Mark: Nonselective Superiority and Inferiority Biases in Comparative Judgments of Objects and Concepts. **Journal of Experimental Psychology**. 131 (4): 2002, 538–551.

JOHNSTON, Paul et al. Reclaiming the Definition of Sustainability. **Environmental Science and Pollution Research**, v 14, n. 1, 2007, pp. 60-66.

KAHNEMANN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Trad. Cássio de Arantes Leite. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KATYAL, Neal. Disruptive Technologies and the Law. **Georgetown Law Journal**, 2014.

LEMOS, Ronaldo; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Aspectos jurídicos da economia do compartilhamento: função social e tutela da confiança. Revista de Direito da Cidade, vol. 08, 2016, pp. 1757- 1777.

LEONARDI, Paul M. Indeterminacy and the Discourse of Inevitability in International Technology Management. The Academy of Management Review. Vol. 33, No. 4, 2008, pp. 975-984.

MAGRANI, Eduardo.. New perspectives on ethics and the laws of artificial intelligence. Internet Policy Review, [online] 8(3), 2019. Disponível em: <https://policyreview.info/articles/analysis/new-perspectives-ethics-and-laws-artificial-intelligence>. Acesso em 1 dez. 2019.

MCPEAK, Agnieszka. Disruptive Technology and the Ethical Lawyer. **University of Toledo Law Review**, Vol. 50, 2019.

MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia. Tradução de Jorge Ritter. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003 [2003], p. 33-68.

MINSKY, Marvin. Steps Toward Artificial Intelligence**. Proceedings of the IRE**, Vol. 49, No. 1, 1961, pp. 8–30.

NHTSA. **USDOT Releases 2016 Fatal Traffic Crash Data. Disponível em: <** https://www.nhtsa.gov/press-releases/usdot-releases-2016-fatal-traffic-crash-data>. Acesso em 29 nov. 2019.

PARLAMENTO EUROPEU. **Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive). Disponível em: <** https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0021>. Acesso em 27 nov. 2019.

ROY, Michael. M., LIERSCH, Michael. J. I am a better driver than you think: examining self-enhancement for driving ability. **Journal of Applied Social Psychology**, 43(8), 2014, 1648–1659.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; ARMADA, Charles Alexandre Souza. Desenvolvimento sustentável e sustentabilidade: evolução epistemológica na necessária diferenciação entre os conceitos. **Rev. de Direito e Sustentabilidade** | e-ISSN: 2525-9687 | Maranhão | v. 3 | n. 2 | p. 17 – 35 | Jul/Dez. 2017.

STRATE, Lance. If it's neutral, it's not technology. ***Educational Technology***. Vol. 52, No. 1 January-February, 2012, pp. 6-9.

THALER, Richard H; SUNSTEIN. Cass R. **Nudge: o empurrão para a escolha certa. Aprimore suas decisões sobre saúde, riquieza e felicidade**. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 20 de dezembro de 2017 (pedido de decisão prejudicial do Juzgado de lo Mercantil n.° 3 de Barcelona - Espanha) – Asociación Profesional Elite Taxi / Uber Systems Spain, SL. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=3C53D93ADF33

E1E81AB7992C157B0B34?text=&docid=201390&pageIndex=0&doclang=pt&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=6755418>. Acesso em 28 nov. 2019

UNITED STATES OF AMERICA. California. Assembly Bill nº 5. Worker status: employees and independent contractors. Disponível em: <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200AB5>. Acesso em 28 nov. 2019.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Sustentabilidade das escolhas públicas: dignidade da pessoa traduzida pelo planejamento público. **A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 127-149, jul./set. 2011.

PRÁTICAS ABUSIVAS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO EM PERÍODO DE CALAMIDADE PÚBLICA

ABUSIVE PRACTICES IN CONSUMER RELATIONS IN THE PERIOD OF PUBLIC CALAMITY

Ana Laura Ribeiro Bizigato[37]
Lucas Naif Caluri[38]

RESUMO: O presente artigo[39] tem como objetivo analisar as relações de consumo em período de calamidade pública, sobretudo devido à pandemia da Covid-19 vivenciada no ano de 2020, em que constata-se o agravamento da condição de vulnerabilidade do consumidor, gerando a chamada hipervulnerabilidade, influenciando diretamente nos contratos consumeristas firmados. Em período de calamidade pública destaca-se observar os princípios da lealdade, probidade e empatia com o próximo. Não obstante esteja previsto na legislação o direito à revisão do contrato quando subsistir um fato superveniente que venha ocasionar desequilíbrio das prestações e onerosidade excessiva à parte, os fornecedores não se mostram dispostos a repactuar amigavelmente as cláusulas contratadas, deixando os consumidores totalmente desamparados e tendo que se valer da tutela jurisdicional e administrativa para satisfazer seu direito. A essência do presente trabalho é abordar a atual situação do consumidor no mercado de consumo no período calamidade púbica, analisando as práticas abusivas corriqueiras neste período e refletindo sobre o papel fundamental do Estado frente à atual situação.

Palavras-chave: Relação de consumo, Hipervulnerabilidade, Calamidade Pública, Pandemia, Práticas abusivas.

ABSTRACT: This article aims to analyze consumer relations in a period of public calamity, mainly due to the Covid-19 pandemic experienced in 2020, in which the condition of consumer vulnerability is worsening, generating the so-called hypervulnerability, influencing directly in the consumer contracts signed. In a period of public calamity, it is important to observe the principles of loyalty, probity and empathy with others. Notwithstanding the law, the right to revise the contract is provided for when a supervening fact remains that may cause an imbalance of services and an excessive burden, suppliers are unwilling to renegotiate the contracted clauses, leaving consumers totally helpless and having use jurisdictional and administrative tutelage to satisfy your right. The essence of this work is to address the current situation of the consumer in the consumer market in the period of public calamity, analyzing the abusive practices that are common

[37]Graduada em Direito pela Facamp (Faculdades de Campinas). E-mail: analaurabizigatoo@hotmail.com
[38]Doutorando em Direito pela Universidade Mackenzie de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Especialista pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Carlos. Professor Universitário. Advogado. E-mail: lucasnaifcaluri@gmail.com
[39]O presente artigo é um desdobramento do Trabalho de Conclusão de Curso sob orientação do professor responsável, atendendo aos padrões de ética científica CNPQ (http://cnpq.br/diretrizes), especialmente itens 17 a 20, assim como respeitando o guia de boas práticas científicas da FAPESP (http://www.fapesp.br/boaspraticas/).

in this period and reflecting on the fundamental role of the State in the current situation.

Keywords: Consumption ratio, Hypervulnerability, Public calamity, Pandemic, Abusive practices.

INTRODUÇÃO

Em 11 de março de 2020 a Organização Mundial da Saúde – OMS declarou pandemia global em razão da disseminação do novo coronavírus (SARS-CoV2) – COVID-19 pelo mundo. Inicialmente, em 30 de janeiro de 2020, foi emitida pela OMS a Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional.

O Código Civil regula os contratos firmados entre sujeitos que possuem igualdade de forças para pactuar os termos do contrato, autonomia de vontade e liberdade de contratar com quem desejar. Dessa forma, deve haver igualdade de tratamento e direitos conferidos pela legislação aos contratantes, sendo que o que for pactuado entre as partes deverá ser observado e exigido (princípio do pacta sunt servanda).

Já o princípio constitucional da igualdade material de tratamento dos indivíduos, consubstancia no fato de que as pessoas iguais devem ter tratamento igual e as pessoas desiguais poderão ter tratamento desigual na medida de suas particularidades. Segundo exposto pelo doutrinador Flávio Nunes (2018, p. 876), há diferença entre a igualdade material e igualdade formal, sendo que esta consiste em dar tratamento igualitário a todos os indivíduos, não levando em conta que há extrema desigualdade entre os grupos da sociedade.

Como salienta o mesmo doutrinador Flávio Nunes (2018, p. 876) “A igualdade formal em um país de “elevada desigualdade real”, em vez de igualar apenas reforça a desigualdade que existe na vida”. Portanto, verificamos que o legislador ao elaborar as leis e o judiciário ao aplicá-las ao caso concreto deverão estabelecer tratamentos semelhantes aos indivíduos que estão em “pé de igualdade” e tratamentos diferenciados aos que estão em uma situação de vulnerabilidade.

Apesar de o Código Civil disciplinar a intangibilidade do contrato, há possibilidade de resolução deste por onerosidade excessiva, consonante art. 478 deste diploma, isto é, quando há um acontecimento extraordinário e imprevisível, em momento posterior ao contrato firmado e que ocasione desequilíbrio do avençado, tornando-o demasiadamente oneroso a uma das partes e com vantagens excessivas a outra.

Com efeito, verifica-se em período de pandemia do Covid-19, no qual há diversos fatores econômicos, como a demissão em massa dos funcionários, redução salarial, a falta de recurso das pessoas para suprirem a própria mantença e a de sua família, a dependência de ajuda de terceiros para garantir os produtos essenciais, há presença de uma situação extraordinária e inesperada que provoca, em muitos casos, o desequilíbrio do contratado. Em virtude desses fatos, poderá haver a resolução do contrato, se o juiz entender preenchido os requisitos necessários para tanto.

Diferentemente dos contratos regulados pelo Código Civil, no âmbito do Direito do Consumidor não há igualdade entre as partes e paridade de armas, haja vista que os fornecedores são detentores dos meios de produção e estipulam, de forma arbitrária, as condições dos contratos, que são chamados

de adesão, cabendo ao consumidor se sujeitar aos seus ditames. O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, previu a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, quando forem verossímeis suas alegações ou quando o próprio consumidor for hipossuficiente.

Verifica-se que no período de calamidade pública, vivenciado em razão da pandemia do Covid-19, por exemplo, há aproveitamento por parte de alguns fornecedores da condição de maior vulnerabilidade física, psicológica e econômica dos consumidores, a fim de se obter de lucro e vantagens excessivas e, consequentemente, causando práticas abusivas.

Por tais razões, este período merece maior proteção do Estado, levando em consideração que a Constituição Federal preceitua como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, isto é, uma existência digna das pessoas com respeito de seus direitos fundamentais, garantindo a proteção do indivíduo frente às relações com os outros indivíduos.

Assim, a essência do presente trabalho é abordar a atual situação de hipervulnerabilidade do consumidor frente ao período calamidade pública, analisando as práticas abusivas corriqueiras neste período, sendo que para cumprir com a finalidade proposta, conta-se com o método dedutivo, análise de doutrinas e legislação pertinente.

1 PRESSUPOSTOS CONCEITUAIS DA RELAÇÃO DE CONSUMO

O Código de Defesa do Consumidor não apresentou uma definição específica de relação de consumo, no entanto definiu os sujeitos e o objeto inerente à relação. Para configuração da relação de consumo devemos ter em um dos extremos o consumidor e no outro o fornecedor, os quais se relacionam juridicamente em torno do objeto, qual seja, entrega/aquisição/contratação de um bem ou serviço. Conforme exposto por Bruno Miragem (2016, p.155), o conceito de consumidor, fornecedor, bem como de produto ou serviço são relacionais e dependentes, ou seja, todos devem estar presentes para configuração da relação.

Consumidor, em sentido estrito, é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza um produto e/ou um serviço como destinatário final, conforme previu o artigo 2º do CDC. Há diversas interpretações acerca do termo “destinatário final”. Para os adeptos da teoria maximalista, basta que o sujeito seja destinatário fático do produto para ser enquadrado como consumidor, isto é, que a pessoa física ou jurídica retire o produto ou serviço do mercado, não importando o que ele fará com o produto ou serviço, se terá fim econômico ou não.

De outra face, para os adeptos à teoria finalista, é necessário que o sujeito seja destinatário econômico e fático, isto é, adquira para uso próprio ou de sua família e não para fomentar sua atividade comercial. Assim sendo, é necessário que o consumidor retire o produto ou serviço definitivamente do mercado.

Por fim, para os adeptos da teoria finalista mitigada ou temperada, é essencial que o sujeito retire e utilize o produto e serviço para uso próprio, mas é necessário que a pessoa jurídica não esteja em condição de vulnerabilidade para com o fornecedor. Ressalta-se que uma grande corporação não está em condição de vulnerabilidade, pois há, geralmente, um departamento jurídico especializado por trás, no entanto no caso de uma pequena alfaiata empresária individual, há situação de vulnerabilidade e, por este motivo, se enquadraria no

conceito de consumidora. Oportuno se torna dizer que há entendimentos do STJ no sentido desta teoria.

Ademais, cabe ressaltar que o legislador entendeu que em algumas situações, mesmo o sujeito não sendo consumidor em sentido estrito, ou seja, não participando diretamente da relação de consumo, acabava sendo atingido pelas relações de consumo e, logo, deveria ser equiparado aos consumidores. Equiparam-se aos consumidores as pessoas que intervém na relação de consumo, as vítimas do acidente de consumo e as pessoas expostas às práticas nele previstas, consonante art. 2, § único, art. 17 e art. 29 do Código de Defesa do Consumidor.

O conceito de fornecedor está disposto no artigo 3º do CDC e, em síntese, é a pessoa física ou jurídica que produz, monta, cria, importa, exporta, distribui, ou comercializa o produto/serviço. Inteira-se que o fornecedor pode ser pessoa pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados.

Verifica-se que o CDC trouxe uma definição ampla de fornecedor, abrangendo todos os agentes econômicos que atuam direta ou indiretamente no mercado.

Salienta-se que a pessoa deverá desenvolver a atividade com habitualidade e com o objetivo de obter lucro e, por conseguinte, uma pessoa que vende mercadoria uma única vez, em caráter eventual, não será fornecedora.

O Código previu, em regra, a solidariedade da cadeia de fornecimento, consonante art. 3 e 7, §único, do CDC, e, dessa maneira, quando houver algum problema, o consumidor poderá ajuizar ação em face de qualquer um deles.

1.1 OBJETO DA RELAÇÃO DE CONSUMO

O Código apresenta a definição de produto no art. 3, §1º, do CDC como “É todo bem móvel ou imóvel, material ou imaterial”. O objetivo do legislador ao trazer um conceito tão amplo, é garantir que a comercialização de qualquer coisa no mercado seja abrangida por este conceito e, portanto, não descaracterize a relação de consumo. Inteira-se que mesmo o produto sendo "amostra grátis", ainda sim é regulado pelo CDC.

O conceito de serviço está presente no art. 3, §2º, do CDC, pelo qual “é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito, securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Destarte, verificamos que todas as atividades prestadas mediante remuneração, não só direta como indireta, poderão ser enquadradas, exceto as de caráter trabalhista.

Convém notar que o serviço, totalmente gratuito, não será regulado pelo CDC

1.2 CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

São características inerentes à relação de consumo a ausência de poder de barganha do consumidor frente à oferta do fornecedor, a sujeição às condições impostas pelo fornecedor e também a necessidade de destinação final do produto e serviço, isto é, a aquisição do bem ou serviço para uso próprio e

não para fomentar a atividade comercial. Em síntese, como consumidor não detém os meios para produzir todos os produtos e serviços que lhe são necessários para suas atividades cotidianas, necessitam submeter-se aos ditames dos fornecedores.

A vulnerabilidade do consumidor, que é uma das características importantes da relação, está prevista no art. 4, I, e não está ligada somente à condição social desfavorável ou à falta de conhecimento jurídico, mas também à falta de informação sobre o pactuado ou desconhecimento das características do bem adquirido, visto que o contrato é de adesão. Neste sentido, todos os consumidores estão em uma relação desfavorável, independentemente da condição econômica e do saber jurídico, podendo ser reconhecida a vulnerabilidade fática, técnica, jurídica e informacional.

> O que se percebe, portanto, é que o conceito de vulnerabilidade é diverso do de hipossuficiência. Todo consumidor é sempre vulnerável, característica intrínseca à própria condição de destinatário final do produto ou serviço, mas nem sempre será hipossuficiente, como se verá a seguir. Assim, enquadrando-se a pessoa como consumidora, fará jus aos benefícios previstos nesse importante estatuto jurídico protetivo. Assim, pode-se dizer que a vulnerabilidade é elemento posto da relação de consumo e não um elemento pressuposto, em regra. O elemento pressuposto é a condição de consumidor (..). Sintetizando, constata-se que a expressão consumidor vulnerável é pleonástica, uma vez que todos os consumidores têm tal condição, decorrente de uma presunção que não admite discussão ou prova em contrário. Para concretizar, de acordo com a melhor concepção consumerista, uma pessoa pode ser vulnerável em determinada situação – sendo consumidora –, mas em outro caso concreto poderá não assumir tal condição, dependendo da relação jurídica consubstanciada no caso concreto (THEODORO JUNIOR, 2017, p. 41).

Conforme bem exposto pelo doutrinador, há diferença entre vulnerabilidade e hipossuficiência, haja vista que a hipossuficiência está expressa no art. 6º, VIII, do CDC, pelo qual possibilita ao juiz a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, nos casos em que haja dificuldade do consumidor comprovar as alegações feitas. Verifica-se que é um critério que depende da discricionariedade do juiz para averiguar se há ou não possibilidade de o consumidor comprovar o alegado.

> Trata-se, portanto, de um critério que depende, segundo duas linhas de entendimento: a-) da discricionariedade do juiz, permitindo que ele identifique, topicamente, a existência ou não de debilidade que dificulte ao consumidor, no processo, sustentar suas alegações com provas que demonstrem a veracidade das alegações, b) de conceito indeterminado, cujo preenchimento de significado deve se dar segundo critérios objetivos, porém, sem espaço de escolha para o juiz, senão de mera avaliação dos fatos da causa e sua subsunção à norma (MIRAGEM, 2016, p. 128).

Em relação à vulnerabilidade é característica marcante dos consumidores devido à disparidade de força frente aos fornecedores. A vulnerabilidade jurídica diz respeito à falta de conhecimento dos consumidores sobre a proteção que o direito lhe confere e, em contrapartida, a presença, geralmente, de uma assessoria jurídica por trás das grandes empresas fornecedoras dos produtos. Agora, a vulnerabilidade técnica e informacional diz respeito à falta de

conhecimento técnicos sobre as especificidades do produto ou serviço a ser comercializado, não possibilitando ter exata noção da qualidade do produto a ser contratado e, inclusive, pela falta de informações específicas em cada produto.

De outra face, o fornecedor, conforme caracterizado pelo Fabrício Bolzan (2014, p.155), é tido como "expert da relação, o conhecedor, por exemplo, da matéria-prima utilizada na confecção de um terno, da espécie de placa-mãe que integra um computador ou do tipo do agrotóxico utilizado na produção de hortifrutigranjeiros". O fornecedor detém exato conhecimento do produto ou serviço confeccionado e vendido, visto que está intimamente relacionado com sua atividade.

Em remate, quanto à vulnerabilidade fática, o consumidor é economica, fisica e psicologicamente vulnerável frente ao fornecedor. Como se nota, em período de calamidade pública, como o que estamos presenciando nesta pandemia do Covid-19, há um agravamento desta vulnerabilidade, levando em consideração que as pessoas estão sofrendo reações emocionais significativas durante este período. É de opinião científica que o sofrimento psicológico das pessoas tende a se intensificar com o distanciamento e isolamento social, considerando que ficam receosas com a possibilidade de serem contaminadas, com o medo de perder a família e, ainda, tendo que lidar com a morte de milhares de pessoas.

> Sendo assim, mesmo indivíduos que não foram afetados diretamente pela infecção estão vulneráveis ao impacto da pandemia na saúde mental. O acúmulo de funções e a sobrecarga de preocupações geradas pelas mudanças no que se refere a trabalho, tarefas domésticas, alimentação, transporte, questões econômicas e da educação, por exemplo, podem ser fatores desencadeantes. Outro fenômeno muito presente atualmente é o que foi rotulado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como “infodemia” – termo que se refere à sobrecarga de informações, nem sempre verdadeiras ou úteis, capaz de aumentar especialmente o sofrimento por antecipação. (ZANINELLI, PEBMED, 2020).

1.3 CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE AGRAVADA EM PERÍODO DE CALAMIDADE PÚBLICA.

Há entendimentos na doutrina e jurisprudência no sentido de que há uma vulnerabilidade agravada em determinados grupos de pessoas como gestantes, crianças, idosos, enfermos, portadores de necessidades especiais, analfabetos, entre outros. Tal entendimento se dá pelo fato de que alguns grupos são alvo das publicidades abusivas e enganosas e estão mais suscetíveis a se enganarem por elas. Aliás, esses grupos acabam adquirindo produtos ou contratando serviços que muitas vezes não dispõem das informações claras e precisas, o que podem ocasionar danos e prejuízos irreversíveis.

> A doutrina e a jurisprudência pátrias vêm reconhecendo que determinado grupo de consumidor, em razão do alto nível de fragilidade em que se encontra no mercado de consumo, é merecedor de maiores cuidados em relação aos demais consumidores em geral. Isto é, se já existe uma presunção legal de que os consumidores não profissionais são os vulneráveis da relação jurídica de consumo, foi identificada mais recentemente uma nova categoria de pessoas que se encontram na condição de hipervulneráveis, ou seja, aqueles cuja

> fragilidade se apresenta em maior grau de relevância ou de forma agravada (BOLZAN, 2014, p.157).

Convém ressaltar que em período de calamidade pública, como por exemplo a pandemia vivenciada neste ano de 2020, também há condições externas que agravam a condição de vulnerabilidade do consumidor, gerando a chamada "hipervulnerabilidade", haja vista que trata de uma situação inesperada, de disseminação mundial de uma nova doença, que ninguém sabe ao certo a relação de causa e efeito, e que já desencadeou a morte de mais de 1 (um) milhão de pessoas ao redor do mundo.

Inadequado seria esquecer que a população foi, de certo modo, obrigada a ficar em casa a fim de evitar a disseminação do vírus, que é transmitido por meio do contato com outras pessoas e, desta maneira, teve que adaptar toda sua rotina diária com trabalho, estudo e outras obrigações. Aliás, conforme indicativos do IBGE (SILVEIRA, g1, 2020), a pandemia fez 1 (um) milhão de brasileiros perderem o emprego em maio e, à vista do exposto, além de toda fragilidade, há uma crise financeira que faz com que a população mais pobre fique abaixo da linha da pobreza e os mais ricos, se aproveitem da situação, para superfaturar.

Não há dúvida que períodos como este são merecedores de maiores cuidados em relação aos demais, devido ao alto nível de fragilidade das pessoas que acabam impactando na relação de consumo e desequilibrando os contratos pactuados em períodos normais, considerando que os indivíduos necessitam enfrentar inúmeros problemas físicos, psicológicos, econômicos como, por exemplo, a perda em massa de pessoas em curto prazo de tempo, muitas vezes de familiares ou amigos próximos, a dificuldade psicológica e financeira de lidar com a crise de saúde, doenças, morte, gastos inesperados e, além disso, a grave crise econômica e social que assola o país e acaba diminuindo os empregos e elevando a desigualdade.

Malgrado este período exija uma empatia maior das pessoas para com as outras devido à vulnerabilidade agravada, não é isso que observamos. Os fornecedores aproveitam da condição vivenciada para obter lucro e vantagem excessiva se valendo da condição de fragilidade do consumidor.

Conforme demostra matéria transmitida pelo Jornal Estadão, é notório que cada Estado tem se preocupado em fiscalizar o comércio neste período, visto que há práticas rotineiras de abuso de preço na venda dos produtos essenciais.

> A fiscalização do órgão de proteção de defesa do consumidor em um comércio motivado por denúncia de prática de preço abusivo na venda de máscaras e álcool gel, durante período de pandemia (covid-19), indagou ao comerciante sobre preços anteriormente praticados e, ao comparar com os atuais, prontamente afirmou que "um lucro de 100% (cem por cento sobre o preço de custo é certamente uma prática abusiva, sendo o estabelecimento autuado. A situação acima está longe de ser fictícia: é sabido que cada Estado tem fiscalizado grande parte do comércio para constatar se há prática de preço abusivo na venda de proteção e álcool em gel [...] (ARAUJO, 2020, p.2).

Posta assim a questão, já é de se dizer que, em períodos normais, já é proibido elevar, sem justa causa, o preço de produtos e serviços, conforme art. 39, X, CDC. Agora, em se tratando de período de pandemia, no qual exige a

compra de produtos tidos como essenciais para evitar o contágio do vírus e essenciais para seu tratamento, como álcool em gel, máscara, respiradores e fármacos, é incabível e desumano o aumento no valor destes produtos, levando em consideração toda situação de vulnerabilidade já informada. Em razão o exposto, faz-se necessário a intervenção maior do Estado, no caso de abuso de poder econômico, principalmente em se tratando de evidente interesse coletivo. Ademais, cabe ao Estado estimular o aumento da produção de produtos, prestação de serviço e diminuição dos valores, dado à situação vivenciada.

Infelizmente, é bem verdade que os fornecedores continuam violando os direitos fundamentais dos consumidores nestes períodos de calamidade, se aproveitando da situação vivenciada. Aliás, não prestam a assistência necessária e esperada para renegociação de forma amigável do pactuado em períodos normais a fim de atender as necessidades atuais do consumidor.

1.4 DESEQUILÍBRIO DOS CONTRATOS DE CONSUMO

Não obstante o código civil tenha adotado a teoria da imprevisão disposta no art. 317 e 478 do Código Civil, o CDC não adotou esta teoria, visto que não exige a imprevisibilidade para modificação das cláusulas contratuais em virtude de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.
Como dispõe o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves no trecho abaixo, o princípio da imprevisão opõe-se tal princípio ao da obrigatoriedade, pois permite aos contratantes recorrer ao Judiciário, a fim de alterar o contratado para adaptar à nova situação.

> A teoria recebeu o nome de rebus sic stantibus e consiste basicamente em presumir, nos contratos comutativos, de trato sucessivo e de execução diferida, a existência implícita (não expressa) de uma cláusula, pela qual a obrigatoriedade de seu cumprimento pressupõe a inalterabilidade da situação de fato. Se esta, no entanto, modificar-se em razão de acontecimentos extraordinários (uma guerra, p. ex.), que tornem excessivamente oneroso para o devedor o seu adimplemento, poderá este requerer ao juiz que o isente da obrigação, parcial ou totalmente [...] A teoria da imprevisão consiste, portanto, na possibilidade de desfazimento ou revisão forçada do contrato quando, por eventos imprevisíveis e extraordinários, a prestação de uma das partes tornar-se exageradamente onerosa – o que, na prática, é viabilizado pela aplicação da cláusula rebus sic stantibus, inicialmente referida. (GONÇALVES, 2017, p. 241).

No entanto, o CDC não adotou esta teoria, visto que não se exige que haja um acontecimento imprevisível que torne o contrato excessivamente oneroso para o consumidor poder pedir a sua revisão. O CDC adotou a teoria do rompimento da base objetiva do negócio jurídico, a qual não se exige que o fato seja imprevisível para revisão do contrato e, além disso, basta que haja onerosidade excessiva para o consumidor.

> Prevalece na doutrina que o Código de Defesa do Consumidor não adotou a teoria da imprevisão, na medida em que o art. 6º, inciso V, em nenhum momento exigiu o requisito da imprevisibilidade. Desta forma, basta a ocorrência do fato superveniente para legitimar a revisão do contrato caso este venha a se tornar excessivamente oneroso ao consumidor (BOLZAN, 2014, p. 182).

Para o CDC, caso o contrato já nasça desequilibrado, visto que há alguma cláusula abusiva ou uma prestação desproporcional, é direito do consumidor pleitear sua modificação para torná-lo proporcional e equilibrado, a fim de que não haja lesão ao consumidor. Todavia, em se tratando de um fato superveniente que venha ocasionar um desequilíbrio na relação de consumo, uma onerosidade excessiva ao consumidor, este poderá pleitear a revisão do contrato, conforme disposto no art. 6, V, CDC. "Art. 6º São direitos básicos do consumidor: V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas*".*

Conquanto uma pandemia e as mudanças econômicas advindas dela seja um acontecimento extraordinário e imprevisível, que provoca uma série de consequências na capacidade econômica das pessoas, não haveria necessidade de ter uma situação de imprevisibilidade para o consumidor pleitear sua revisão.

Segundo a doutrina majoritária, foi adotada a teoria da base objetiva do negócio jurídico com berço no Direito alemão por Karl Larenz. “Segundo Larenz, a base objetiva do negócio seria composta de circunstâncias cuja existência e sua permanência são objetivamente necessárias para que o contrato, tal qual concebido por ambos os contratantes, permaneça válido e útil, como algo dotado de sentido. ” De fato, concordamos com a maioria da doutrina, pois a Lei n. 8.078/90 exige uma análise objetiva sobre o tema e, ocorrendo o rompimento da base objetiva do negócio jurídico — marcado pelo surgimento de fato superveniente capaz de gerar onerosidade excessiva ao consumidor —, necessária será a revisão do contrato. (BOLZAN, 2014, p. 183).

2 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO CDC

2.1 TEORIA DO RISCO DO NEGÓCIO E RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR PELAS PRÁTICAS ABUSIVAS

Haja vista que atualmente contamos com meios de produção em massa, há uma grande probabilidade de termos vícios e defeitos no processo de produção/fabricação dos produtos adquiridos de empresas. Convém notar que quando todo processo era feito por intermédio de uma pessoa física, artesanal, já havia possibilidade de acarretar problemas, mesmo havendo acompanhamento por uma pessoa em todas as fases deste processo, podendo fiscalizar os defeitos ou vícios que ocorressem em determinado momento.

Com o aparato tecnológico e a produção de inúmeros produtos ao mesmo tempo, a probabilidade de acarretar problemas aumenta consideravelmente, afinal para produção dos produtos há necessidade de utilizar inúmeros insumos, equipamentos e materiais para fabricação. Portanto, o risco desta atividade deverá ser do fornecedor, que lucra com esta forma de produção.

Neste sentido descreve o doutrinador Luís Antonio Rizatto Nunes no parágrafo abaixo mencionado.

> Muito bem. Em produções massificadas, seriadas, é impossível assegurar como resultado final que o produto ou o serviço não terá vício/defeito. Para que a produção em série conseguisse um resultado

> isento de vício/defeito, seria preciso que o fornecedor elevasse seu custo a níveis altíssimos, o que inviabilizaria o preço final do produto e do serviço e desqualificaria a principal característica da produção em série, que é a ampla oferta para um número muito maior de consumidores. Dessa maneira, sem outra alternativa, o produtor tem de correr o risco de fabricar produtos e serviços a um custo que não prejudique o benefício (NUNES, 2017, p.282)

Ainda, conforme inteira Fábio Ulhôa (2016, p. 246), "Todo o sujeito de direito que se encontra numa posição econômica que lhe permita socializar custos de sua atividade entre os que são atendidos por elas podem e devem ser objetivamente responsabilizados". O Código de Defesa do Consumidor adotou, portanto, a responsabilidade objetiva dos fornecedores, no artigo 12 e seguintes, o que significa que o fornecedor deve responder pelos prejuízos causados aos consumidores independentemente da existência de culpa, bastando para a reparação do dano a comprovação da aquisição, do dano e do nexo de causalidade, conforme decisão recente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

> Estando a relação jurídica sujeita às regras do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos, materiais ou morais, causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos, exceto quando comprovado que o serviço não apresentou defeito ou que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiros nos termos do art. 14, do CDC. 2. Neste sentido, a responsabilidade civil decorrente de relação de consumo é de natureza objetiva, não dependendo de culpa para sua ocorrência, possuindo como requisitos apenas a comprovação do dano, a prestação de serviço defeituoso e o nexo de causalidade entre o dano e os defeitos relativos à prestação do serviço. " (DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS (Estado). Tribunal de Justiça. 7ª Turma Cível. **Apelação Civil n. 0708445-40.2018.8.07.0009.** Relatora Gislene Pinheiro. Julgamento em 29 jan. 2020**.** Diário Oficial da União,: 10 fev. 2020.)

2.2 EFEITO VINCULANTE DA OFERTA E PUBLICIDADE ENGANOSA/ ABUSIVA

Primeiramente, é importante salientar que o Código trouxe, como uma das obrigações do consumidor, a transparência dos produtos e serviços que são comercializados no mercado, os quais devem conter informações claras e precisas sobre seu conteúdo, conforme art. 4, caput e art. 6, III do CDC, devendo sempre se pautar pela boa-fé.

Ademais, adotou o princípio da vinculação da oferta, pelo qual impede que os fornecedores venham a modificar, revogar ou se retratar de tal proposta, conforme art. 30 deste diploma. Em síntese, quando o fornecedor ofertar algo no mercado de consumo, deverá constatar que as informações apresentadas aos consumidores são claras, precisas, e estão de acordo com sua pretensão, pois após ser transmitida irá obrigá-lo a cumprir na íntegra do ofertado.

Outrossim, consonante disposto no art. 6, III e art. 31 do CDC, as ofertas devem ser transmitidas em português e devem conter informação acerca

das características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade, origem e dados relativos ao produto ou serviço ofertado, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e à segurança dos consumidores e, uma vez apresentada, o fornecedor será obrigado a cumpri-la. Salienta-se que, na hipótese do fornecedor se opor a cumprir com o ofertado, o consumidor poderá escolher entre exigir o cumprimento forçado, aceitar outro produto ou serviço equivalente ou rescindir o contrato, conforme art. 35 do CDC.

Quanto à publicidade dos produtos e serviços, sua função é incitar o desejo dos consumidores pela aquisição do bem, no entanto ela não poderá ser excessiva, abusiva, falsa e deve ser compreendida de imediato, pois é vedada a publicidade subliminar. A publicidade enganosa se configura quando as informações constantes nela for inteiramente ou parcialmente falsas, capazes de induzir a erro o consumidor acerca da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

O doutrinador Fabrício Bolzan (2014, p. 344) diferenciou a publicidade enganosa por comissão e por omissão, sendo que na publicidade enganosa por comissão, afirma-se algo que não é real ou mostra-se uma situação que não condiz com a realidade, já na publicidade enganosa por omissão, o fornecedor deixa de informar sobre dado essencial do produto ou serviço, ou seja, há ausência de informação sobre dado relevante.

No Brasil, no decorrer do período de pandemia do Covid-19 houve inúmeras publicidades enganosas, sendo uma delas sobre produtos supostamente capazes de defender as pessoas da doença causada pelo coronavírus, sem comprovação nenhuma da eficácia dessas mercadorias.

Por outro lado, será considerada publicidade abusiva, quando conter aspectos discriminatórios, incitar violência ou explorar medo do consumidor. Salienta-se que o rol é meramente exemplificativo e, dessa forma, há a possibilidade de outras formas de publicidade abusiva. Um exemplo desta publicidade abusiva no período de pandemia foi a promovida por uma empresa de produtos alimentícios de grande porte, a qual pediu aos clientes que fossem à uma das franquias montado em uma vassoura em troca de um sanduíche, em comemoração ao *Halloween*.

Como analisado no artigo publicado no site Migalhas "É considerada abusiva a publicidade que gere risco à saúde do consumidor, por isso a mesma deve ser coibida [...]" (CRUZ, Migalhas, 2020). Como se depreende deste artigo, em período de pandemia, em que o vírus respiratório se espalha com o contato físico, é notório que uma publicidade que influencie os consumidores a manterem contato físico com outras pessoas coloca a saúde deles em risco direto e, portanto, é considerada abusiva, haja vista que induziu o consumidor a se comportar de maneira prejudicial à sua saúde e segurança.

Neste sentido aclarou o doutrinador Humberto Theodoro Junior no trecho abaixo transcrito.

> A publicidade enganosa é aquela suscetível de induzir o consumidor em erro, em relação à natureza, às características, à qualidade, à quantidade, às propriedades, à origem, ao preço e quaisquer outros dados do produto e serviço (art. 37, § 1º, do CDC). Cláudia Lima Marques exemplifica a situação na propaganda de liquidação ou rebaixa de preços inexistente em uma rede de lojas. Publicidade abusiva, por sua vez, é aquela discriminatória de qualquer natureza, que incite a violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite

> da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que induza o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (art. 37, § 2º, do CDC). É, destarte, "a publicidade antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores sociais básicos, que fere a própria sociedade como um todo".19 Sobre o tema, ver capítulo VI, da Parte II deste livro. (THEODORO JUNIOR, 2017, p.68)

Deste modo, verificamos que em período de pandemia, em que é necessária uma série de medidas evitar a disseminação do vírus, as publicidades devem estar aliadas com as orientações da Organização Mundial de Saúde, sob pena de colocarem a vida e a saúde dos consumidores em risco

3 PRÁTICAS ABUSIVAS

O CDC, em seus artigos 4º, III e art. 51, inciso IV, aponta como obrigatório o dever de boa-fé em todas as fases do contrato, isto é, dever das partes de agirem com probidade e cooperação na relação. Destarte, as partes deverão se privar de fazer qualquer ato que gere prejuízos à outra.

Uma das maneiras que se vê violado este dever é por meio das práticas abusivas, das quais o sujeito abusa de um direito que a lei lhe resguarda ou desvia a finalidade do direito conferido por lei, ocasionando prejuízos a outra parte.

> Pode-se definir o abuso do direito como resultado do excesso de exercício de um direito, capaz de causar dano a outrem. Ou, em outras palavras, o abuso de direito se caracteriza pelo uso irregular e desviante do direito em seu exercício por parte do titular (NUNES, 2017, p.244).

O art. 6º, IV traz como direito básico do consumidor a proteção contra práticas abusivas, que são aquelas que fogem do padrão de comportamento que se espera de boa-fé objetiva, não cumprem a função social do contrato, contrariam os princípios do CDC e prejudicam os consumidores. Conforme salienta Arthur Rollo (2011, p. 121) "práticas comerciais abusivas são comportamento dos fornecedores contrários à lei, aos regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, aos princípios gerais do direito, à analogia, aos consumes e à equidade, em prejuízo aos consumidores".
Ainda neste sentido, salienta o doutrinador Rizzato Nunes:

> A norma do inciso IV do mesmo art. 6º proíbe incondicionalmente as práticas e as cláusulas abusivas. A ideia da abusividade tem relação com a doutrina do abuso do direito. Foi a constatação de que o titular de um direito subjetivo pode dele abusar no seu exercício que acabou por levar o legislador a tipificar certas ações como abusivas (...) As chamadas "práticas abusivas" são ações e/ou condutas que, uma vez existentes, caracterizam-se como ilícitas, independentemente de se encontrar ou não algum consumidor lesado ou que se sinta lesado. São ilícitas em si, apenas por existirem de fato no mundo fenomênico (NUNES, 2017, p. 243).

O legislador visou coibir essas práticas abusivas, como se evidencia pelo art. 39 CDC, mas trouxe apenas um rol exemplificativo de práticas, empregando

a expressão "dentre outras" para eventuais práticas que causem dano ao consumidor também serem abrangidas.

> O art. 39 da Lei 8.078/1990 tipifica, mais uma vez em rol exemplificativo ou numerus apertus, uma série de situações tidas como ensejadoras do abuso de direito consumerista. Muitas das hipóteses ali descritas são bem comuns na contemporaneidade, sem excluir outras que surgirem pela evolução das relações negociais. Deve-se entender que constitui prática abusiva qualquer conduta ou ato em contradição com o próprio espírito da lei consumerista. Como bem leciona Ezequiel Morais, “prática abusiva, em termos gerais, é aquela que destoa dos padrões mercadológicos, dos usos e costumes (incs. II e IV, segunda parte, do art. 39 e art. 113 do CC/2002) e da razoável e boa conduta perante o consumidor” (TARTUCE, 2016, p.323).

Cumpre observar que, além das sanções administrativas, o fornecedor deverá reparar os prejuízos causados ao consumidor por meio da indenização por danos causados, inclusive danos morais. Ademais, poderão haver sanções penais nos casos previstos pelo Código, inclusive com agravante por serem cometidas em período de calamidade pública, art. 61, II, j, CP e art. 76, I do CDC.

> A violação dos preceitos referentes às práticas abusivas não se sujeita à sanção civil prevista no art. 45, que foi vetado. Além de sanções administrativas (v.g, cassação, licença, interdição e suspensão da atividade e intervenção administrativa) e penais (Capítulos XII e XIII), as práticas abusivas detonam o dever de reparar. Sempre cabe indenização pelos danos causados, inclusive os morais, tudo na forma do art. 6, VII. O juiz pode, também, com fulcro no art. 81, determinar a abstenção ou prática de conduta, sob a força de preceito cominatório. Finalmente, as práticas abusivas quando reiteradas, impõem a desconsideração da personalidade jurídica da empresa (art. 28). (BENJAMIN, MARQUES, BESSA, 2016, p.90).

3.1 PRÁTICAS ABUSIVAS PRÉ, PÓS E CONTRATUAL

As práticas abusivas podem ser pré-contratuais, isto é, que são realizadas antes de se firmar o contrato, como por exemplo, a renúncia da oferta, a publicidade enganosa e abusiva, o condicionamento do fornecimento de um produto ao de outro (venda casada) e entre outros.

Também há a possibilidade de termos práticas abusivas contratuais, as quais estão relacionadas ao conteúdo do contrato, como por exemplo, pela presença de alguma cláusula abusiva, conforme previsto no art. 51 do CDC.

Por fim, podemos ter práticas abusivas pós-contratuais, que são aquelas que se manifestam após a conclusão do contrato de consumo, como por exemplo, a negativação indevida nos serviços de proteção de crédito, o repasse de informações depreciativas do consumidor, consonante exposto pelo doutrinador no parágrafo abaixo transcrito.

> As práticas abusivas pré-contratuais, como a própria nomenclatura sugere, ocorrerão antes de se chegar à fase do contrato. É o que acontece, por exemplo, com o comportamento do fornecedor de condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos (prática vedada pelo art. 39, I, do CDC). Práticas

> abusivas contratuais estão presentes no próprio conteúdo do termo contratual que vem composto por alguma cláusula abusiva, como aquela que impossibilita, exonera ou atenua a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou implique renúncia ou disposição de direitos (cláusulas como esta são consideradas nulas de pleno direito pelo CDC, nos termos de seu art. 51). Por fim, as práticas abusivas quanto à fase em que se encontra a relação contratual podem ser pós contratuais, ou seja, manifestam-se após a "conclusão" do contrato de consumo. Isto porque, conforme visto acima, mesmo findo o contrato, persistem deveres decorrentes dos princípios da boa-fé e da lealdade, permanecendo as partes vinculadas durante algum tempo. Exemplo clássico dessa prática é repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos (comportamento vedado pelo art. 39, VII, do CDC). (BOLZAN, 2014, p.376).

3.2 PRINCIPAIS PRÁTICAS ABUSIVAS EM PERÍODO DE CALAMIDADE PÚBLICA

Como ressalta o doutrinador Rizzato Nunes (2017, p.228) "Uma das questões básicas que justificam a existência da lei, indo até a intervenção do Estado econômico, é da necessidade de proteção do consumidor em relação a aquisição de certos produtos e serviços". Dentre esses produtos e serviços, o doutrinador ressalta medicamentos únicos para doenças graves, suprimento de alimentos básicos e entre outros, devido ao caráter protecionista do Código.

Todavia, alguns fornecedores utilizam do período de calamidade pública, no qual há uma hipervulnerabilidade dos consumidores, para obter lucro e vantagem por meio de práticas abusivas em torno dos produtos considerados essenciais para a prevenção e o tratamento e doenças.

Uma dessas práticas vivenciadas foi à venda casada de medicamentos, inclusive de fármacos denominado Kit Covid-19, relacionados ao possível tratamento contra o Covid-19, que ensejou intervenção do Ministério Púbico "Na Recomendação, a Promotora de Justiça Lenize Martins Lunardi Pedreira requer aos representantes legais das Farmácias Globo e Farmavida que, a partir do recebimento do documento, abstenham-se de realizar a "venda casada" de medicamentos do COVID-19" (LEITE, MPMS, 2020). A venda casada é vedada pelo art. 39, I do CDC, pelo qual proíbe o condicionamento da aquisição de um produto ou serviço a outro produto ou serviço.

Ademais, fiscais encontraram caixas de álcool em gel, máscaras, produtos sanitários, que são produtos essenciais para a proteção da população neste período, sendo estocados pelos fornecedores para posterior venda por um preço elevado, devido à falta do produto no mercado. Neste caso, essa prática se enquadra no art. 39, II do CPC, o qual impede que o fornecedor se oponha ao atendimento das demandas do consumidor, se tiver como fazer, isto é, se existir produto em estoque o fornecedor deve vendê-lo, conforme disposto por Rizzato Nunes (2017, p.786) "O inciso II do art. 39 acresce à oferta a obrigação de vender os produtos existentes no estoque, ainda que não tivessem sido oferecidos. Isto é, basta ter em estoque para ser obrigado a vender".

Outrossim, verifica-se que o inciso IV do art. 39 do mesmo diploma, veda a prática do fornecedor que prevalece-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade**,** saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços. Verificamos que também é

recorrente, em período de calamidade, no qual o fornecedor se aproveita da hipervulnerabilidade do consumidor neste período para empurrar produtos que supostamente e, muitas vezes, equivocadamente, prometem ser eficaz na prevenção do contágio, como vitaminas que aumentam imunidade, vermífugos, produtos que prometem eliminar o vírus, como o caso de uma grande empresa que afirmou que o sabão em pó dela era capaz de eliminar o vírus, sem nenhuma eficácia comprovada, conforme artigo publicado pelo CONJUR.

> Com esse entendimento, a juíza Renata Mota Maciel, da 2ª Vara Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem de São Paulo, proibiu a comercialização de um sabão em pó que afirma "eliminar o vírus", em alusão ao coronavírus, em propagandas e na embalagem. A fabricante deve recolher as unidades que estão em supermercados e se abster de realizar novas campanhas publicitárias com o mesmo tema. Foi fixada multa diária de R$ 50 mil em caso de descumprimento. (VIAPINA, CONJUR, 2020).

Vale lembrar, para evidenciar o oportunismo dos fornecedores neste período, que inúmeros fornecedores estavam vendendo álcool em gel adulterado para elevar suas vendas, o que também é considerado prática abusiva pelo art. 39, V e VIII, X do CDC. "De acordo com a Polícia Federal, a fábrica clandestina adulterava o álcool em gel que era distribuído para supermercados em Catanduva e região. No local foram encontrados 15 mil litros de álcool em gel. Um caminhão-tanque também foi apreendido". (G1 Rio Preto e Araçatuba, 2020).

Enfim, observa-se, também, que a jurisprudência tem caminhado no sentido de que a pandemia se trata de um caso fortuito/força maior. Destarte, o cancelamento de serviços, de reservas e de eventos dos setores de turismo e cultura em razão do estado de calamidade pública vivenciado, deve ensejar o reembolso do dinheiro despendido pelo consumidor (Lei nº 14.046, de 24 de agosto de 2020, que dispõe sobre o adiamento ou cancelamento de eventos, serviços ou reservas nos setores de cultura e turismo, em decorrência da pandemia de Covid-19), no entanto como observamos a quantidade de ações com o mesmo assunto em trâmite no judiciário, os fornecedores não estão dispostos a resolver amigavelmente.

3.3 POLÍTICA NACIONAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O artigo 4º, II, CDC admite ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor seja por meio de órgãos do judiciário ou administrativo, a fim de conferir proteção jurídica aos consumidores e preservar e reparar danos advindos da relação, conforme art. 6, VII do mesmo diploma.

Aliás, o art. 5º, XXXII, XXXV, e art. 170, V, da Constituição Federal previu que lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, bem como que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor e, dessa forma, permite ao consumidor ingressar em juízo para assegurar seus direitos que estão sendo ameaçados ou pedir a reparação aos direitos violados.

Quanto à tutela administrativa do consumidor, esta é de defesa da União, estados, Distrito Federal e municípios, consonante art. 24, VIII da Constituição Federal e o órgão responsável por coordenar é a Secretaria Nacional do Consumidor vinculada ao Ministério da Justiça. Há também a tutela jurisdicional

para atendimento das necessidades. Conforme exposto por Arthur Rollo (2011, p. 171) “as políticas nacionais é o conjunto de ações que o Estado deve promover para proteger esses consumidores, devendo haver ações de todos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário para concretização deste fim”.

Diante do exposto, devem-se ter ações de forma integrada para que haja uma proteção maior devido ao período de calamidade pública, a fim de que não haja consequências maiores do que os consumidores já estão tendo que suportar.

Salienta-se que, no âmbito Federal, temos a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), criada pelo Decreto nº 7.738, de 28 de maio de 2012, a qual é responsável pelo planejamento, elaboração, coordenação e execução da Política Nacional das Relações de Consumo, conforme art. 106 do CDC. Em relação às esferas Estadual e Municipal contamos os Procons e outros órgãos como o IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, conforme art. 5 do CDC e art. 4 do Decreto 2.181, de 20 de março de 1997, que são responsáveis pelo aconselhamento dos consumidores, atendimentos, tentativas de acordo entre as partes, fiscalização das práticas abusivas e até aplicação de penalidade.

Aliás, o CDC, em seu art. 53, previu a aplicação de sanções administrativas independentemente das cíveis e penais. Se houver reincidência de prática, poderá ensejar em cassação do alvará de licença, de interdição e de suspensão temporária da atividade, bem como a de intervenção administrativa.

Por fim, verifica-se que há como coibir as práticas abusivas pelo Estado e que deve haver uma integração dos poderes para aplicar as sanções aos fornecedores, principalmente, em se tratando de período de Calamidade Pública, deverá ter penalidades mais severas para os fornecedores que, se aproveitando da condição de fragilidade vivenciada, desempenham práticas abusivas para com os consumidores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 8.078/98 conferiu proteção ao consumidor ante à vulnerabilidade em que se encontra, sendo que um desses princípios que devem nortear a relação é o da boa-fé. As partes devem ser leais, probas, transparentes, cooperativas e claras, a fim de que não haja prejuízos e, consequentemente, o Código proíbe qualquer exercício abusivo do direito.

Destarte, caso o fornecedor venha a desempenhar práticas abusivas no mercado de consumo, causando danos aos consumidores, ele será objetivamente responsabilizado, conforme artigos 12 e seguintes do CDC. Aliás, o próprio CDC previu em forma de dever que o Estado intervenha na relação para proteger o consumidor, como disposto por Rizzato Nunes (2017, p. 231) "O inciso II do art. 4 autoriza a intervenção do Estado para proteger efetivamente o consumidor, não só visando assegurar-lhe acesso aos produtos e serviços essenciais como para garantir a qualidade e adequação dos produtos e serviços (segurança, durabilidade e desempenho)”.

Não obstante um período de calamidade pública, como a pandemia do Covid-19, reforça-se a importância de ter boa-fé na execução dos contratos, em razão da fragilidade das pessoas, da doença em si, dos problemas físicos, psicológicos, econômicos como, por exemplo, a perda em massa de pessoas em curto prazo de tempo, muitas vezes de familiares ou amigos próximos, a

dificuldade psicológica e financeira de lidar com a crise de saúde, doenças, morte, gastos inesperados e, além disso, a grave crise econômica e social que assola o país e acaba diminuindo os empregos e elevando a desigualdade, não é isso que vivenciamos.

O ser humano é movido pelo interesse e às vezes enxergam neste período uma fragilidade uma possibilidade de obtenção de lucro e vantagem excessiva, por meio de práticas consideradas abusivas e que trazem uma série de consequências irreparáveis às pessoas. Analisamos no presente trabalho as práticas abusivas corriqueiras neste período, envolvendo produtos essenciais à prevenção e tratamento da doença.

Convém salientar que a pandemia do novo coronavírus tem aumentado drasticamente a pobreza, um milhão de Brasileiros ficaram desempregados e dependentes do auxílio emergencial do governo e, em uma pesquisa junto ao Instituto Mundial das Nações Unidas, foi constatado que até 14,4 (catorze vírgula quatro) milhões de brasileiros podem ser enquadrados na situação de pobreza por conta do coronavírus, vivendo com menos de R$ 27,40 (vinte e sete reais e quarenta centavos) por dia. Assim sendo, os fornecedores deveriam estar dispostos a repactuar amigavelmente o contratado, não fazendo com que os consumidores tenham que buscar tutela administrativa e judicial para ter seus direitos satisfeitos.

Diante de todo o exposto, é interesse da sociedade que haja maior fiscalização do Estado e punição mais severa dos indivíduos que cometem práticas abusivas neste período de fragilidade, por estar em risco à vida e a saúde física e psicológica das pessoas.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Anderson dos Santos. **Precificação de máscaras e álcool em gel em tempos de pandemia**. **Estadão**. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/precificacao-de-mascaras-e-alcool-em-gel-em-tempos-de-pandemia/. Acesso em: 8 nov. 2020.

]BOLZAN, Fabrício. **Direito do Consumidor Esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Fabio Ulhôa. **Curso de Direito Civil**: Obrigações e Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2016.

CRUZ, Paula Dias. **É considerada abusiva a publicidade que coloque a saúde de consumidores em risco**: Ações de marketing não podem se sobrepor às imposições sanitárias decorrentes da pandemia do COVID-19. **Migalhas**. 2020. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/depeso/336293/e-considerada-abusiva-a-publicidade-que-coloque-a-saude-de-consumidores-em-risco. Acesso em: 15 nov. 2020.

DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS (Estado). Tribunal de Justiça. 7ª Turma Cível. **Apelação Civil n. 0708445-40.2018.8.07.0009.** Relatora Gislene Pinheiro. Julgamento em 29 jan. 2020**.** Diário Oficial da União: 10 fev. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Contratos e Atos Unilaterais. 14. ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2017.

LEITE, Waléria. **"Venda casada" de kit COVID-19 é motivo de Recomendação pelo Ministério Público Estadual em Mundo Novo**. **Ministério Público**. Mato Grosso do Sul, 2020. Disponível em: https://www.mpms.mp.br/noticias/2020/07/venda-casada-de-kit-covid-19-e-motivo-de-recomendacao-pelo-ministerio-publico-estadual-em-mundo-novo. Acesso em: 15 nov. 2020.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**: Fundamentos do direito do consumidor, Direito Material e Processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor e Direito penal do Consumidor. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Flávio. **Curso de Direito do Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROLLO, Arthur Luis Mendonça. **Responsabilidade Civil e Práticas Abusivas nas Relações de Consumo**: Dano moral e punitive damages nas relações de consumo; Distinções inconstitucionais entre consumidores. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVEIRA, Daniel. **Pandemia fez 1 milhão de brasileiros perderem o emprego em maio, diz IBGE**. G1. Disponível em: https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/06/16/pandemia-fez-177-milhoes-de-brasileiros-desistirem-de-procurar-emprego-na-ultima-semana-de-maio-diz-ibge.ghtml. Acesso em: 22 nov. 2020.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor:** direito material e processual. 5. ed. São Paulo: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito do Consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VIAPIANA, Tábata. **Juíza proíbe comercialização de sabão em pó que afirma "eliminar o vírus"**. CONJUR. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-15/juiza-proibe-venda-sabao-po-afirma-eliminar-virus. Acesso em: 22 nov. 2020.

ZANINELLI, Daniele. **Quais as principais consequências metabólicas da pandemia por Covid-19?**. Pebmed. Disponível em:

https://pebmed.com.br/quais-as-principais-consequencias-metabolicas-da-pandemia-por-covid-19/. Acesso em: 22 nov. 2020.

UNIÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO: ANÁLISE DAS DECISÕES DO STF SOB A ÓTICA DO CONSTITUCIONALISMO POPULAR

SAME-SEX PARTNERSHIP: A REVIEW ABOUT BRAZILIAN SUPREME COURT'S DECISIONS BY POPULAR CONSTUTIONALISM PERSPECTIVE

Jacqueline Lopes Pereira
Mariana Barsaglia Pimentel

Resumo: Introdução: O artigo estuda a teoria do Constitucionalismo Popular e descreve pontos de vista doutrinários quanto à atribuição do poder de interpretação final da Constituição ao povo. Objetivos: A pesquisa tem como objetivos esclarecer os conceitos de "autoridade interpretativa", "competência" e "fidelidade constitucionais" e, sob tais parâmetros, analisar o julgamento do STF da ADI n. 4.277 e da ADPF n. 132, que examinou a possibilidade jurídica de reconhecer uniões entre pessoas do mesmo sexo como equiparadas à união estável heterossexual. Métodos e técnicas de pesquisa: O trabalho adota o método dedutivo de pesquisa, com premissas encontradas na doutrina internacional e pátria a respeito do constitucionalismo popular, bem como realiza análise qualitativa de decisão judicial do STF em caso paradigmático a respeito dos direitos LGBT. Em que pese a Suprema Corte utilizar o termo "homoafetividade", o trabalho tece críticas a seu respeito e prefere a adoção da terminologia "uniões de pessoas do mesmo sexo". Conclusão: Conclui-se que o caso examinado ilustra a atribuição pelos magistrados da Corte Suprema de conteúdo a um enunciado constitucional, ainda diverso da intenção do constituinte, a fim de proteger uma minoria e suas relações interprivadas.

Palavras-chave: Direito de Família, Uniões entre pessoas do mesmo sexo , Constitucionalismo popular.

ABSTRACT: Introduction: The paper studies the Popular Constitutionalism Theory and describes the doctrine perspective on attribution of the Constitutional final interpretation to the people. Objectives: The research aims to clarify concepts such as "Interpretive authority", "constitutional knowledge" and "constitutional reasoning" and, under these parameters, to analyse the Brazilian Supreme Court's (STF) judgement of Direct Action on Unconstitutionality n. 4.277 and the Reference on Violation of a Fundamental Principle n. 132, which has examined the legal possibility of recognition of same-sex partnership as heterosexual stable union. Methods of research: The paper adopts deductive research method, with international and national doctrine regarding Popular Constitutionalism, as well as performing a qualitative analysis of STF judicial decision in a paradigmatic case on LGBT's rights. Even though the Supreme Court uses the term "homoaffectiveness", this paper criticizes it and prefers to adopt the expression "same-sex partnership". Conclusion: The work concludes that the case examined illustrates the attribution by the Supreme Court's members of a content to a constitutional statement, still different from the original intention to protect a minority and its interprivate relationship.

Keywords: Family Law, Same-sex partnership, Popular constitutionalism.

INTRODUÇÃO

Em 14 de outubro de 2011 foi publicado o Acórdão do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 e, no item "3" da ementa lê-se que "A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão 'família', não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa" (STF, 2011). O julgamento reconheceu como "família" as uniões "homoafetivas" no Brasil, as quais o constituinte originário propositadamente (como se verá adiante) deixou de reconhecer expressamente no texto da Constituição.

Salienta-se que o trabalho lança olhar crítico ao termo "homoafetividade", sendo adepto das críticas doutrinárias de Roger Raupp Rios, que enxerga na adoção dessa terminologia que demonstra uma lógica "assimilacionista" e de que intenta uma "'purificação' da sexualidade reprovada pela heterossexualidade compulsória" (RÍOS, 2013, p. 15).

A partir do referido julgamento, emerge uma questão que repercute no papel do Poder Judiciário contemporâneo e na própria construção da legalidade constitucional: o Supremo Tribunal Federal (STF) tem autoridade interpretativa e competência constitucional para atribuir conteúdo a um dispositivo da Constituição, intrinsicamente relacionado com aspectos existenciais da pessoa humana, mesmo que se contraponha à literalidade do texto e à intenção do constituinte originário? Para tentar responder essa pergunta, o artigo se estruturará em quatro seções, sendo a primeira a presente introdução, e seguirá a lógica de pesquisa dedutiva.

A segunda seção, essencialmente descritiva, apresentará, com base em revisão bibliográfica, o viés da teoria do Constitucionalismo Popular (*Constitutional populism theory*) e suas características, assim como o ponto de vista crítico quanto à atribuição da autoridade interpretativa ao povo e não a um grupo de julgadores com competência interpretativa técnica (*Constitutional Reasoning*).

A terceira seção analisará os argumentos apresentados pelos ministros do STF no julgamento da ADI nº 4.277, que abarcou também a ADPF nº 132 e, como acima referido, versou sobre o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, indo de encontro ao que já defendia a doutrina alinhada à metodologia civil-constitucional.

A quarta e última seção do artigo sintetiza considerações sobre a autoridade interpretativa do STF e reflete o papel da Corte sob o paradigma do Constitucionalismo Popular, com recorte restrito ao julgamento examinado.

1. CONSTITUCIONALISMO POPULAR E A AUTORIDADE INTERPRETATIVA: A QUEM CABE ATRIBUIR SENTIDO À CONSTITUIÇÃO?

Em meio à discussão sobre a redação da Constituição Federal brasileira, os legisladores constituintes de 1986 travaram intenso debate sobre o parágrafo terceiro do então artigo 225 (atual artigo 226):

> CONSTITUINTE GASTONE RIGHI: - Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), § 3º. Este parágrafo prevê:
> 'Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento'.
> Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gays através do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no show do Fantástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e se lê no § º : 'Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento'._Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembléia [sic], mas, para se evitar toda e qualquer malévola interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.
> [...]
> O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - Concedo a palavra ao relator.
> O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES: - A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo.
> O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL): - Sr. Presidente, estou de acordo.
> O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão.
> (Pausa). Aprovada (Palmas). (BRASIL, 1988)

O trecho revela que a intenção dos representantes do povo brasileiro ao redigirem a Constituição Federal ao final da década de 1980 era de restringir a formação de união estável a pessoas em relação de conjugalidade heterossexual. Contudo, a interpretação sobre o conteúdo do significante "família" é constante objeto de estudo da doutrina civil (LÔBO, 2007), pois se refere a conceito difícil de ser apreendido expressa e objetivamente em enunciado normativo.

Sob o viés do *caput* do artigo 226 da Constituição Federal, "família" é a "base da sociedade", sem uma forma ou descrição prévia positivada. Assim, estabelecer um conteúdo para "família" exige o debate democrático atualizado, sob pena de tornar invisíveis algumas formas de vivência social não experimentadas ou ignoradas pelos redatores do texto constitucional originário.

Nesse tocante, é imprenscindível observar que a intolerância e a violência contra as pessoas "LGBTI" é uma constante no Brasil (BRASIL, 2018), o que sobreleva a reflexão da construção da legalidade constitucional

Por se tratar de tema que incita debate no tocante à forma de vida que as pessoas valorizam como ideal, é importante analisar onde reside e quem é a

autoridade com competência interpretativa a respeito da organização da vida privada.

Por isso, a partir de lógica dedutiva, debate-se a autoridade e a competência interpretativa sob a leitura de obras que versam sobre a teoria do Constitucionalismo Popular (*Constitutional populism theory*). Em seguida, pondera-se se o debate democrático é viabilizado quando se trata da judicialização de temas que versam sobre relações interprivadas. Especificamente, analisa-se na próxima seção a atuação dos ministros do STF no julgamento da ADI n. 4277 e ADPF n. 132, que definiu como família as uniões homoafetivas.

O primeiro passo para a verticalização do estudo sobre o Constitucionalismo Popular tem como ponto de partida a exposição teórica de Frank Michelman em *Constitutional Authorship*. Para o autor, as normas constitucionais têm sentido aberto, dinâmico e o conteúdo dado aos enunciados no texto é desenvolvido gradualmente ao longo do tempo por diálogo intergeracional (MICHELMAN, 1998, p. 66-67).

Michelman observa que, no Estado contemporâneo, a soberania é difundida de forma onipresente e, quando confrontada com a democracia, gera impactos diretos sobre a definição de quem deve interpretar o texto constitucional (MICHELMAN, 1998, p. 75). A teoria do Constitucionalismo popular (*Constitutional populism theory*) responde que é o povo – tanto no sentido de elaborador da Constituição, quanto de destinatário das normas constitucionais – o sujeito que deve preencher o conteúdo da Lei Maior (MICHELMAN, 1998, p. 76), e não o Estado soberano.

A perspectiva apresentada foi desenvolvida por teóricos norte-americanos que haviam perdido a credibilidade no poder Judiciário como autoridade intérprete exclusiva da Constituição e, por isso, buscaram um ponto de vista teórico que visasse à efetividade da democracia (SEROTA, 2012, p. 1641-1642).

Larry Kramer investiga a proposta do Constitucionalismo Popular e, ao estudar o propósito dos *founding fathers*, verifica que ao povo americano fora destinada a legitimidade exclusiva para elaboração e atribuição de sentido à Constituição estadunidense (KRAMER, 2006).

Apesar de o Constitucionalismo Popular não apresentar respostas definitivas para a plena participação popular na interpretação da Constituição, oferece mecanismos que visam ao debate democrático, como a habilitação de *amici curiae*, realização de conselhos locais, audiências públicas e estímulo ao sistema de revisão constitucional popular (*popular constitutional review*) (SEROTA, 2012, p. 1643-1645).

Nesse sentido, o Constitucionalismo Popular torna horizontal e mais próxima a relação entre a Suprema Corte e o povo, pois aquela se conscientiza de que suas decisões se sujeitam ao crivo da aprovação popular.

Em segundo passo para a compreensão da aludida teoria e posterior análise da decisão do STF, são evidenciadas algumas críticas contrárias ao Constitucionalismo Popular, pontuadas por Michael Serota.

Serota discute se a autoridade interpretativa seria, de fato, mais bem desempenhada exclusivamente pelos tribunais (SEROTA, 2012, p. 1643-1645) e, para tanto, seu estudo explora o conceito de Fidelidade Constitucional.

Para o autor, Fidelidade Constitucional (*Constitutional fidelity*) é uma pré-condição à interpretação e refere-se ao ato de ser fiel à Constituição, de forma a impedir o governo de aplicar as normas de forma direcionada ao atendimento de

interesses secundários. A fidelidade constitucional tem duas facetas: a de ser uma atividade intelectual de crença, ao mesmo tempo em que é uma atividade prática de compromisso de autodeterminação conforme o significado inteligível de Constituição. No contexto norte-americano, Fidelidade Constitucional é, em última análise, a própria ideia de Constituição (SEROTA, 2012, p. 1649).

No contexto brasileiro, por outro lado, tem-se uma Constituição dogmática, extensiva, recente e sem histórico de uma democracia robusta, tal como a estadunidense. Assim, a Constituição brasileira deve ser enxergada em suas particularidades, principalmente quanto à incorporação prevalente de interesses da maioria e a necessidade do desempenho de um papel contramajoritário pelo Poder Judiciário para proteção de direitos fundamentais (GARGARELLA, 2009).

Desse modo, para a compreensão do Constitucionalismo Popular em âmbito local e entendimento das críticas direcionadas à teoria, alguns conceitos merecem destaque.

Intrínseca à Fidelidade Constitucional está a Competência Interpretativa (*Interpretative Competence*), que é o nível básico do conhecimento legal e capacidade que qualquer intérprete deve ter para ser capaz de interpretar a Constituição fielmente. Todos do povo, sem distinção quanto à formação jurídica, possuem um mínimo de Competência Interpretativa. Essa é subdividida em duas dimensões particulares: o Conhecimento Constitucional (*Constitutional Knowledge*) e Argumentação Constitucional (*Constitutional Reasoning*).

O Conhecimento Constitucional, para Serota, não é a única resposta para a efetiva Fidelidade Constitucional, pois é preciso ler o texto em meio ao emaranhado de padrões, princípios e silêncios divergentes de uma resposta *a priori* aparentemente dada pela literalidade dos enunciados. Por isso, o Conhecimento Constitucional precisa estar conjugado à Argumentação Constitucional, que possui, por sua vez, viés técnico-jurídico (SEROTA, 2012, p. 1652-1653).

O povo, conforme SEROTA, geralmente não possui aptidão para a Argumentação Constitucional. O autor apresenta dados concretos que se contrapõem à atribuição do poder de decisão ao povo sobre o sentido da Constituição, justamente por carecer de saber especializado. São mencionados dados de pesquisa quantitativa que verificou, por exemplo, que 72% dos americanos não consegue identificar três direitos da Primeira Emenda e 98% não consegue identificar dois direitos da Quinta Emenda (SEROTA, 2012, p. 1658).

Os dados mencionados não diferem da realidade brasileira. Entre os dias 18 e 30 de setembro de 2013 (BRASIL, 2013), o instituto de pesquisa DataSenado consultou 811 brasileiros maiores de 16 anos para examinar o conhecimento a respeito do texto da Constituição Federal. Da amostra, 7,8% revelou não ter qualquer conhecimento sobre a Constituição, enquanto outros 35,1% declararam ter conhecimento mínimo.

Além da carência de conhecimento sobre a Constituição, ainda se ressalta a inexistência de homogeneidade de opiniões. A pluralidade é premissa da democracia, porém, decisões que dizem respeito à vida privada, como a do julgamento da ADI n. 4.277 e ADPF n. 132, demonstram a inexistência de perspectivas pacíficas ao debate democrático e participação popular sem que haja risco de comprometer direitos fundamentais de minorias. Na ocasião, o STF autorizou a participação de quinze instituições na qualidade de *amici curiae* para

consulta e debate sobre pontos de vista plurais acerca da definição da união homoafetiva como forma de família. Esse número significativo de "amigos da Corte" revela o interesse de instituições defensoras de diferentes perspectivas e a necessidade de construção do debate democrático através de mecanismos diferenciados.

Pelo ponto de vista de Serota, não é possível entregar a decisão final sobre aspectos da vida privada, como formas de família, exclusivamente ao povo, pois este não teria competência interpretativa suficiente para dar um sentido fiel ao texto constitucional. Contudo, a concretude do cenário brasileiro indica que a competência constitucional atribuída ao Poder Judiciário pode também não ser adequada à Fidelidade Constitucional, por manter prerrogativas e oferecer pouca participação democrática, ainda que com a presença dos *amici curiae*.

A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 33 de 2011 tinha como intenção melhorar o debate democrático no momento da interpretação constitucional. O autor da PEC, deputado federal Nazareno Fonteles (PT-PI), propôs que o controle de constitucionalidade de emendas à Constituição seria distribuído entre o Poder Judiciário, o Poder Legislativo e a população, além disso, o projeto submetia a edição das Súmulas Vinculantes à aprovação pelo Poder Legislativo. Os ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski se manifestaram a respeito da proposta, tendo o primeiro se mostrado ferrenhamente contrário às alterações, por entender que seria uma ingerência indevida do Poder Legislativo sobre a Competência Interpretativa do Poder Judiciário (EBC, 2013).

A referida PEC se alinhava ao Constitucionalismo Popular e ao mecanismo de *judicial review* sugerido por Kramer para proporcionar a responsabilidade partilhada da interpretação da Constituição pelos tribunais e pelo povo (KRAMER, 2006). Entretanto, ante o encerramento da legislatura em que fora apresentada, o arquivamento do projeto (BRASIL, 2013), nos termos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados[40].

Como visto, entretanto, nota-se que há quem defenda a impossibilidade de deixar aberto ao amplo debate democrático questões alinhadas ao conteúdo da vida privada, como é o caso da definição de família (GARGARELLA, 2008, p. 09-10).

Compreendido o Constitucionalismo Popular como teoria que visa ao debate democrático e à responsabilidade sobre a interpretação do texto Constitucional com fidelidade constitucional e competência interpretativa, algumas questões surgem do contexto brasileiro quanto à judicialização da definição de família e a intenção do constituinte originário.

---

[40] Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as:
I – com pareceres favoráveis de todas as Comissões;
II – já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno;
III – que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias;
IV – de iniciativa popular;
V – de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República.
Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava.

Assim, da pergunta que inaugura a presente seção, duas outras nascem no recorte metodológico limitado ao julgamento da ADI n. 4.277 e ADPF n. 132. Levando em consideração o STF como autoridade interpretativa, há debate democrático a respeito do sentido de "família" no aludido julgamento? O fato de a Corte Suprema entender que a Constituição Federal não define o que seja família de forma ortodoxa é uma decisão em que se constata o exercício de competência interpretativa com fidelidade constitucional? Essas são duas questões de que parte a reflexão desenvolvida na seção a seguir.

2. ANÁLISE DA ADI N. 4.277 E ADPF N. 132: IMPRESSÕES A PARTIR DO CONSTITUCIONALISMO POPULAR

A condução à interpretação do texto constitucional de forma racional e fiel demanda, ao ver de Serota, um senso de julgamento, que nada mais é do que a habilidade de distinguir entre argumentos competitivos de uma forma independente e objetiva (SEROTA, 2012, p. 1653). A partir disso, e com a intenção de responder se há debate democrático para atribuição de sentido à "família" pelo STF, propõe-se a análise dos votos relativos ao julgamento da ADI n. 4277 e n. ADPF 132.

A metodologia de análise será feita com a individualização dos votos dos ministros e identificação das razões e argumentos expostos nos votos relativas à compreensão de relações homoafetivas como entidades familiares admitidas pela Constituição. A análise tem o objetivo de ilustrar o conhecimento constitucional e a argumentação constitucional ínsitas nos votos para alimentar a problematização proposta no presente trabalho sobre o exercício da autoridade interpretativa atribuída ao STF. Os critérios para a análise partem da identificação objetiva do vocábulo "família" nos respectivos votos e do exame subjetivo da definição atribuída pelos julgadores.

A doutrina civil-constitucional há muito tempo defendia que a previsão do art. 226 da Constituição Federal seria meramente exemplificativa, eis que "*o objeto da norma não é a família, como valor autônomo, em detrimento das pessoas humanas que a integram[...]. O* caput *do art. 226 é, consequentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade, ostensibilidade e objetivo de constituição de família*" (LÔBO, 2019, p. 83) (DIAS, 2010, p. 93).

Finalmente, no ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, proferiu decisão histórica, na qual reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, com todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher, consagrados no art. 226, § 3º da Constituição Brasileira e no art. 1.723 do Código Civil.

A ADPF n. 132 foi ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, com o objetivo de questionar se seria possível interpretar o artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro[41], à luz da Constituição Federal. O dispositivo trata da

[41] Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar

formação da união estável somente entre homem e mulher, enquanto há vedação no texto constitucional referente a qualquer discriminação fundada no sexo e na orientação sexual. A ADPF perdeu parcialmente seu objeto e seus fundamentos foram abrangidos pela ADI n. 4.277 do Distrito Federal.

O autor da ADPF ponderou que a homossexualidade não viola qualquer norma jurídica e é papel do Estado e do Direito assegurar em sociedade democrática o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos que a compõem, o que abrange o respeito à sua orientação sexual. A ação constitucional tinha pertinência imediata aos servidores públicos do estado do Rio de Janeiro que não podiam usufruir de licenças por motivo de doença de pessoa da família ou acompanhamento de cônjuge, tampouco de benefícios previdenciários e de assistência social em razão da orientação sexual.

A leitura da ementa do Acórdão evidencia a perspectiva pluralista da Corte, bem como sua interpretação de abranger a orientação sexual como um direito fundamental.

O primeiro ponto do Acórdão refere-se à redação do parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.". Como visto no início do item antecedente, no momento da redação final do referido parágrafo, o constituinte originário – especificamente Gastone Righi – desejou evidenciar que a união estável seria exclusivamente formada pela união entre homem e mulher, de modo a obstar o reconhecimento da entidade familiar formada por homossexuais.[42]

Daí, o primeiro ponto ultrapassado pelo STF e que se opôs à intenção clara do constituinte originário: ante a intenção do constituinte não prever expressamente a união entre pessoas do mesmo sexo como família, os ministros compreenderam que, além da inexistência de proibição, como a Constituição zela pela dignidade da pessoa humana, tanto a orientação sexual, quanto o direito à busca da felicidade devem ser protegidos pelo ordenamento jurídico. Assim, a interpretação constitucional dos ministros centrou-se na consagração da liberdade negativa e positiva de homossexuais terem reconhecida e resguardada a forma de família que valorizam, para além da tríade do casamento, união estável e família monoparental, prevista no artigo 226.

Em seguida, a ementa do Acórdão faz referência ao "tratamento constitucional da instituição da família" e reconhece que a Constituição não teria atribuído um significado ortodoxo, tampouco técnico-jurídico ao termo, de forma que sua interpretação não pode ser reducionista a ponto de impor formas de família em rol taxativo. A decisão final do STF foi unânime ao reconhecer que a união entre pessoas do mesmo sexo seria entidade familiar merecedora de proteção no Estado brasileiro. A tabela a seguir sintetiza objetivamente as razões

separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

[42] O trabalho refere-se aos termos "homossexual" e "homossexualidade", de modo desatrelado a qualquer noção que os possa vincular a uma conotação patológica. Salienta-se que o termo inadequado "homossexualismo" foi abandonado ainda na década de 1970 pelas autoridades médicas e, no Brasil, o Grupo Gay da Bahia liderou movimento que, em 1985, culminou na retirada da expressão do enquadramento clínico de "desvio e transtorno sexual" (MATOS, 2004, p. 34).

de decidir de cada ministro que participou do julgamento, na ordem de apresentação dos votos[43]:

MINISTRO/A	**INTERPRETAÇÃO**
AYRES BRITTO (Relator)	Conceito de família interpretado de forma não-reducionista, pois o texto constitucional não foi taxativo às formas enunciadas. *"A nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo "família" nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser."*
LUIZ FUX	Família é ambiente e veículo de realização de direitos fundamentais. *"*[...] *a união homoafetiva também se inclui no conceito constitucionalmente adequado de família, merecendo a mesma proteção do Estado de Direito que a união entre pessoas de sexos opostos"*.
CÁRMEN LÚCIA	Não conceitua o que seria família, porém ressalta que a vivência em liberdade em uma relação entre pessoas do mesmo sexo, deve ser igualada à união estável e ser tratada como família. *"Aqueles que fazem opção pela união homoafetiva não pode ser desigualado em sua cidadania. Ninguém pode ser tido como cidadão de segunda classe porque, como ser humano, não aquiesceu em adotar modelo de vida não coerente com o que a maioria tenha como certo ou válido ou legítimo".*
RICARDO LEWANDOWSKI	A união entre pessoas do mesmo sexo é entidade familiar diferente da união estável e não é expressa no texto constitucional*. "Embora essa relação não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise.".*
JOAQUIM BARBOSA	A união homoafetiva é diferente da união estável, mas é também entidade familiar não prevista expressamente na CF. "[o] r*econhecimento dos direitos oriundos de uniões homoafetivas encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio a igualdade e da não-discriminação.".*
GILMAR MENDES	Reconhece a existência da união entre pessoas do mesmo sexo e determina a aplicação de modelo de proteção semelhante ao que trata da união estável. "*Como todo tipo de linguagem, os textos normativos normalmente padecem de certa indeterminação semântica, sendo passíveis de múltiplas interpretações.* [...] *E o texto, em si mesmo, nessa linha, não é excludente – pelo menos essa foi a minha primeira pré-compreensão – da possibilidade de se reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo, não com base no texto legal (art. 1.723 do Código Civil), nem na norma constitucional (art. 226, § 3º), mas com suporte em outros princípios constitucionais.".*

[43] Tabela elaborada a partir da leitura do acórdão publicado pela Corte em 14/10/2011: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.° 4.277*, Plenário, Rel. Min. Ayres Britto, Brasília, DF, julgado em 05 mai. 2011, publicado em 14 out. 2011. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 10 mar. 2020.

MARCO AURÉLIO	Reconhecimento da pluralidade das formas de família, a qual existe para possibilitar a vida plena comum dos respectivos membros. *"A solução, de qualquer sorte, independe do legislador, porquanto decorre diretamente dos direitos fundamentais, em especial do direito à dignidade da pessoa humana, sob a diretriz do artigo 226 e parágrafos da Carta da República de 1988, no que permitiu a reformulação do conceito de família.".*
CELSO DE MELLO	O direito à "busca à felicidade" justifica o reconhecimento de entidades familiares não positivadas na Constituição Federal. A família é fundada contemporaneamente no afeto entre seus membros, independentemente da forma e orientação sexual. Estende às uniões homoafetivas os direitos das uniões estáveis e as reconhece como entidade familiar.
CEZAR PELUSO (Presidente)	Família não se resume às formas expressas no art. 226 da Constituição Federal, do qual consta um rol *numerus apertus*. *"Parece-me irrecusável, desse modo, considerado o objetivo fundamental da República de "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (CF, art. 3º, IV), que o reconhecimento do direito à busca da felicidade, enquanto idéia-força que emana, diretamente, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, autoriza, presente o contexto em exame, o rompimento dos obstáculos que impedem a pretendida qualificação da união civil homossexual como entidade familiar.".*

Ressalta-se que, apesar dos votos dos ilustres ministros empregarem a terminologia "homoafetividade", é imprescindível a crítica realizada por Roger Raupp Ríos a seu respeito:

> Neste sentido, sem deixar de reconhecer as intenções antidiscriminatórias presentes na cunhagem do termo, não é por acaso que se disseminou o uso do termo "homoafetividade". Trata-se de expressão familista que muito dificilmente pode ser apartada de conteúdos conservadores e discriminatórios, por nutrir-se da lógica assimilacionista, sem o que a "purificação" da sexualidade reprovada pela heterossexualidade compulsória compromete-se gravemente, tudo com sérios prejuízos aos direitos sexuais e à valorização mais consistente da diversidade sexual.Registre-se, por fim, que, em sua manifestação mais direta, este discurso tangencia o conservadorismo, na medida em que a orientação sexual necessita ser "higienizada" de conteúdos negativos (promiscuidade e falta de seriedade) que, a contrario sensu da hegemonia heterossexual, se associam à homossexualidade. (RÍOS, 2013, p. 16)

Aderindo ao mesmo posicionamento crítico, a pesquisadora Andressa Regina Bissolotti dos SANTOS enfatiza que o termo "homoafetividade" apresenta a função de destacar o aspecto afetivo das uniões entre pessoas do mesmo sexo, contudo, acaba por manter implícita a denominada "heteronormatividade" (SANTOS, 2017, p. 130). Além do mais, de acordo com Luiz MELLO, os termos "homossexualidade" e "homossexual" são os mais utilizados por movimentos sociais representativos de direitos LGBTI (MELLO, 2005, p. 194), sendo ora utilizados nesta pesquisa.

Feitas essas considerações críticas à terminologia empregada nos votos dos ministros, nota-se que a razão de decidir prevalente no Acórdão afirma que

o artigo 226 da Constituição Federal não limita as formas de família exclusivamente ao casamento, união estável e família monoparental. A argumentação dos ministros considera que a intenção do constituinte originário era restringir a união estável à formação por casais heterossexuais, motivo pelo qual os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa ressaltaram que a hipótese discutida na ação se tratava de família diversa das já previstas no texto constitucional. Ademais, em virtude de não ser defesa a composição de entidades familiares não previstas em lei, o STF frisou ser necessário admitir e proteger a união entre pessoas do mesmo sexo como forma de família implícita ao texto constitucional.

A ementa do Acórdão salientou a competência da Corte para interpretar o sentido da Constituição: "Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas." (BRASIL, 2011).

Levando em conta essa consideração após o exame dos votos, é preciso refletir a respeito das duas questões propostas no presente trabalho, quais sejam, (i) identificar se houve nos votos um debate democrático a respeito do conteúdo do significante "família" para compreensão da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e (ii) verificar se a decisão final da Corte sobre o caráter *numerus apertus* do artigo 226 resulta do exercício de competência interpretativa (tanto no plano de conhecimento, quanto de argumentação constitucional).

Ao lançar a perspectiva do Constitucionalismo Popular às razões de decidir exteriorizadas pelos ministros, problematiza-se a autoridade interpretativa do STF em definir que o artigo 226 não seria um rol taxativo. O ministro Celso de Mello ressaltou em seu voto o parecer do Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual, que participou do julgamento na qualidade de *amicus curiae*, e enfatizou o papel contramajoritário do STF no momento de reconhecer a união homoafetiva como família.

Quanto à primeira questão, portanto, observa-se que houve debate democrático através da participação popular de entidades na qualidade de *amici curiae*. A tradição brasileira atribui ao STF a decisão final da interpretação da Constituição e, ao menos a partir do julgamento examinado, a Corte tomou decisão condizente com a proteção da dignidade de pessoas que compõem uma minoria e vivem em relações de afetividade diversas daquelas expressamente expostas no enunciado constitucional.

Tal interpretação não escapa de críticas do ponto de vista do movimento LGBT que, apesar de enxergar tal decisão como importante passo para o reconhecimento de suas vivências, também questiona o "modelo" de conjugalidade heteronormativo. Andressa Regina Bissolotti dos Santos analisa o tema de forma aguçada:

> Não basta, assim, vislumbrar o direito como caminho certo de inclusão em uma cidadania, aplicada a todos e capaz de dar fim à heteronormatividade ou às hierarquias sociais. É preciso percebê-lo inserido em relações de força que por ele passam e que o ultrapassam, e que no jogo cotidiano da política contestam seus significados, seus sentidos e seus usos. É preciso vê-lo no contexto da matriz da heterossexualidade compulsória, funcionando a partir de esquemas de inteligibilidade que muitas vezes restringem aqueles que são capazes de acessá-lo, e até

> mesmo de usufruir as conquistas garantidas por uma atuação institucionalizada do movimento LGBT. (SANTOS, 2017, p. 213)

A segunda pergunta acima lançada também encontra resposta positiva. Considerando-se que 42,9% dos brasileiros (BRASIL, 2013) não conhece ou possui conhecimento precário sobre a Constituição e que somente no primeiro semestre de 2019 foram noticiados 126 homicídios no Brasil motivados por homofobia (CARTA CAPITAL, 2019), levar ao debate democrático questões atinentes à vida privada, especialmente quando dizem respeito à orientação sexual, pode resultar em interpretações retrógradas e discriminatórias. É importante salientar que recentemente, o Supremo Tribunal Federal, mesmo que com composição diversa daquela existente no julgamento ora em análise, reafirmou sua postura contra majoritária ao compreender no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26 ser aplicável a casos de homofobia a lei de Racismo (Lei n. 7.716/1989) – ao menos até que o Poder Legislativo supre sua omissão[44].

Os argumentos apontados na tabela elaborada sobre o julgamento de 2011 têm em comum a *ratio decidendi* de interpretar a Constituição de forma sistemática e com realce aos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, não-discriminação e liberdade. Sobre o papel do Poder Judiciário e o delicado compasso entre "ativismo" e "subsunção", Gustavo Tepedino lança a reflexão:

> [...] a noção de ativismo, como ruptura do formalismo positivista, mostra-se benfazeja se compreendida no âmbito da efetividade dos comandos constitucionais, especialmente levando-se em conta o ambiente de justiça transicional identificado pela doutrina constitucionalista no processo político brasileiro. [...] No modelo contemporâneo de equilíbrio entre poderes, a atuação dos agentes públicos, entre a ousadia e a prudência, mostra-se imprescindível na efetivação dos preceitos constitucionais. (TEPEDINO, 2016, p. 24-25)

E do exame ora desenvolvido, percebe-se que a leitura do artigo 226 da Constituição Federal como um rol não exauriente abre portas ao reconhecimento de realidades vividas por minorias que fogem do "padrão" de família heterossexual – inclusive concebida como ideal pelo constituinte originário – e demonstra o exercício da competência interpretativa pelos ministros do STF. O conhecimento constitucional é evidenciado no saber dos ministros a respeito do texto literal da Constituição Federal e do emaranhado de princípios que a

[44] Da publicação do dispositivo do julgado, extrai-se o seguinte trecho: "Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, caput, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, [...]" (BRASIL, 2019).

fundamentam, conforme se observa exemplificativamente nos trechos dos votos dos ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Já a argumentação constitucional, que se relaciona a aspecto técnico-jurídico, é notada pela forma de fundamentação constante dos votos, que fazem aporte não apenas à literalidade do texto, como também a seus princípios e à reflexão do próprio papel da Corte como autoridade interpretativa, o que se constata com maior clareza no voto do ministro Gilmar Mendes (MATOS, 2004).

Após a reflexão a respeito do papel do STF desempenhado no julgamento examinado, algumas considerações finais são imprescindíveis para sintetizar quais perguntas foram respondidas e quais permanecem em aberto a partir do estudo e recorte ora desenvolvidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo principiou com a problematização a respeito da atribuição pelo STF de conteúdo ao enunciado constitucional sobre o que seria "família". Tomando por base a teoria do Constitucionalismo Popular, questionou-se se a Corte Suprema teria autoridade interpretativa para contrapor-se à intenção do constituinte originário de não reconhecer uniões entre pessoas do mesmo sexo e se a participação democrática seria viável em se tratando de judicialização de aspecto da vida privada.

Essa quarta seção resume considerações sobre os problemas contemplados nas seções anteriores, com enfoque na viabilidade de ampliar a participação popular na discussão de direitos fundamentais relativos a minorias, voltado ao recorte do julgamento da ADI n. 4277 e ADPF n. 132. As principais considerações retiradas do estudo podem ser assim elencadas:

(i) o estudo ora delineado indica a possível ineficiência de se aplicar a teoria do Constitucionalismo Popular a todas as decisões sobre a interpretação da Constituição pelo STF. Essa hipotética impossibilidade fática sobressai quando são observados os dados da pesquisa apresentada pelo DataSenado (BRASIL, 2013), segundo a qual há baixo conhecimento constitucional pelo povo brasileiro, o que apontaria o reduzido debate democrático a respeito da interpretação constitucional. Apesar disso, a participação de entidades na qualidade de *amici curiae* possibilita a ampliação do diálogo e exploração de pontos de vista de organizações representantes de minorias (como o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual) para refinar a competência interpretativa dos ministros no aspecto da argumentação constitucional;

(ii) o STF tem autoridade interpretativa para a leitura do texto e atualização do sentido da Constituição, visando proteger os direitos fundamentais do destinatário da norma e com conhecimento dos fundamentos da Constituição. No julgamento examinado, os ministros dirigiram a sua atenção às pessoas em relação homoafetiva que deixavam de receber amparo pelo Estado em razão de sua vivência não ser concebida expressamente como família. Em autêntica construção da legalidade constitucional nas relações privadas, os votos interpretaram a Constituição de forma sistemática, amalgamando os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não-discriminação e da liberdade ao reconhecimento da união homoafetiva como família;

(iii) apesar da carência de competência interpretativa pelo povo, é salutar a ampliação do diálogo democrático no momento da leitura da Constituição, que foi o objetivo, por exemplo, da PEC n. 33/2011, arquivada pela Câmara dos

Deputados. É importante a participação popular para definição do conteúdo constitucional e decisão sobre temas sociais, porém, a mesma lógica não pode prevalecer quando se trata de judicialização de temas da vida privada;

(iv) o crivo da participação popular em casos como da definição da forma de vida em família, por tratar de relação interprivada, não permite a abertura ampla à participação popular, em razão da carência de competência interpretativa, tanto na faceta de conhecimento, quanto de argumentação constitucional, o que poderia comprometer direitos fundamentais de minorias, como é de pessoas com orientação sexual que foge do "padrão" de heterossexualidade.

Conclui-se que o exercício da fidelidade constitucional não é exclusividade do STF, porém, quando se trata da discussão judicial de tema atinente à vida privada que abrange, como no caso examinado, a orientação sexual e forma de família diferente da adotada pela "maioria", a Corte Suprema desempenha papel precipuamente contramajoritário e defensor de direitos fundamentais, de modo a concretizar a Constituição para além do enunciado normativo (SEROTA, 2012, p.1652).

A importância do papel da Corte Suprema na garantia dos direitos das minorias, aliás, reforça-se quando os demais Poderes (Legislativo e Executivo), através de seus representantes constituídos pelo povo, expressam-se deliberadamente contra os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento "B"). 1988.** Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/redacao.pdf. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos**. Relatório sobre violência homofóbica no Brasil:** ano de 2012. Disponível em: http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acompanhamento Processual da ADO n. 26.** Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. **PEC 33/2011.** Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Pesquisa DataSenado mostra que poucos conhecem realmente a Constituição**. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/10/25/pesquisa-datasenado-mostra-que-poucos-conhecem-realmente-a-constituicao-do-pais. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277,** Plenário, Rel. Min. Ayres Britto, Brasília, DF, julgado em 05 mai. 2011, publicado em 14 out. 2011. Disponível em:

http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635. Acesso em: 10 mar. 2020.

CARTA CAPITAL. **Relatório parcial por ocasião do Dia Internacional contra a Homofobia.** Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/wp-content/uploads/2019/05/relatc3b3rio-ggb-parcial-2019.pdf. Acesso em: 10 mar. 2020

DIAS, Maria Berenice. Família Homoafetiva. In: _____. **Manual de Direito das Famílias.** 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 192-206.

EBC. **Gilmar Mendes diz que "é melhor fechar STF" se Legislativo aprovar PEC 33.** Disponível em: http://www.ebc.com.br/noticias/agencia-brasil/2013/04/gilmar-mendes-diz-que-e-melhor-fechar-stf-se-legislativo-aprovar-pec. Acesso em: 10 mar. 2020.

GARGARELLA, Roberto. El contenido igualitario de constitucionalismo. In: GARGARELLA, Roberto (Coord.). ***Teoría y crítica del derecho constitucional.*** Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. p. 9-10.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (Org*.). **Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática.*** Buenos Aires: Siglo XXI, 2014.

GARGARELLA, Roberto. ***El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes.*** Disponível em: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6162/S0900774_es.pdf?sequence=1. Acesso em: 10 mar. 2020.

KRAMER, Larry. ***The interest of the Man:*** James Madison, Popular constitutionalism and the Theory of Deliberative Democracy. Stanford Public Law and Legal Theory Research Paper Series. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=938721. Acesso em: 10 mar. 2020.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito civil:** famílias, v. 5. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Entidades familiares constitucionalizadas***:* para além do *numerus clausus.* 2007. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf. Acesso em: 10 mar. 2020.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo***:* aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MELLO, Luiz. Novas Famílias: **Conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo.** Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

MICHELMAN, Frank. Constitutional Authorship. In: ALEXANDER, Larry (editor). ***Constitutionalism****:* Philosophical Foundations. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 64-98.

RIOS, Roger Raupp. As uniões homossexuais e a "família homoafetiva": o direito de família como instrumento de adaptação e conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação. **Civilistica.com.**Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: http://civilistica.com/as-unioes-homossexuais-e-a-familia-homoafetiva/. Data de acesso: 12 out. 2020.

SANTOS, Andressa Regina Bissolotti dos. **Movimento LGBT e direito: identidades e discursos em (des)construção***.* Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017. 232 p.

SEROTA, Michael. ***Popular Constitutional Interpretation*****.** Connecticut Law Review, v. 44, n. 5, 2012. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=1807226/. Acesso em: 10 mar. 2020.

TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa:** estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotá. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 17-35.

DIREITOS DA LIBERDADE ECONÔMICA NA GERAÇÃO COMPARTILHADA: aspectos jurídicos

RIGHTS OF ECONOMIC FREEDOM IN SHARED GENERATION: legal aspects

Fabriccio Steindorfer

RESUMO: A análise econômica do Direito proporcionou os mais espetaculares avanços da ciência jurídica nos últimos tempos. Passou-se a informar o debate sobre a construção de normas utilizando conceitos e modelos não jurídicos. A indústria energética tem provocado importantes mudanças em formulações jurídicas tradicionais, impulsionada por fatores de ordem natural e econômica. A presente resenha trás mais indagações do que respostas e almeja promover o debate, objetivando a reflexão sobre os novos paradigmas do setor elétrico e considerando os avanços proporcionados pela Lei de Direitos de Liberdade Econômica.

Palavras-chave: Direito administrativo. Energia elétrica. Geração distribuída. Geração Compartilhada. Autoconsumo remoto. Lei dos Direitos de Liberdade Econômica.

ABSTRACT: The economic analysis of law has provided the most spectacular advances in legal science in recent times. The debate on the construction of standards using non-legal concepts and models was started. The energy industry has brought about important changes in traditional legal concepts, driven by natural and economic factors. The present review brings more questions than answers and aims to promote the debate, aiming to reflect on the new paradigms of the electricity sector and considering the advances provided by the Law on Economic Freedom Rights.

Keywords: Administrative law. Electricity. Distributed generation. Shared Generation. Remote self-consumption. Law on Economic Freedom Rights.

Introdução

O singelo reporte aqui apresentado não tem a pretensão de realizar uma análise jurídico-econômica verticalizada sobre a Geração Compartilhada e os avanços trazidos pela Lei dos Direitos de Liberdade Econômica. Tem o estrito escopo de trazer a lume indagações provenientes da experiência do autor como agente do setor público em contraponto ao seu interesse pelo debate acadêmico.

A indústria brasileira está passando por uma mudança forçada de paradigmas lastreada em dois aspectos: a) a crise do modelo vigente, baseado na geração hidrelétrica, provocada pela escassez prolongada de chuvas e pelo planejamento deficiente; e b) a evolução tecnológica, que tem permitido a geração elétrica de forma simples e barata, impulsionando debates sobre a sustentabilidade do sistema vigente em longo prazo.

O leitor é convidado a refletir sobre esse horizonte formado sem a intervenção/previsão das autoridades regulatórias, mas que está sendo responsável pelo que, certamente, será a maior mudança do modelo elétrico nas últimas décadas. Escassez de chuvas e desenvolvimento tecnológico: esses dois fatores influenciarão na formação de uma nova normatividade para o setor elétrico e o *quantum* que a Lei dos Direitos de Liberdade Econômica poderá contribuir positivamente nesse processo.

2 NOVOS PARADIGMAS NO SETOR ELÉTRICO

Fazer chegar a energia elétrica de forma constante e com preços módicos ao consumidor final é equação de complexa solução para todos os envolvidos no setor. A eletricidade, ao mesmo tempo em que representou importante vetor civilizatório, também trouxe consigo diversas questões a serem resolvidas por agentes públicos e privados. Uma das principais constitui-se no equilíbrio entre os custos de geração, transporte e distribuição e a necessária modicidade tarifária.

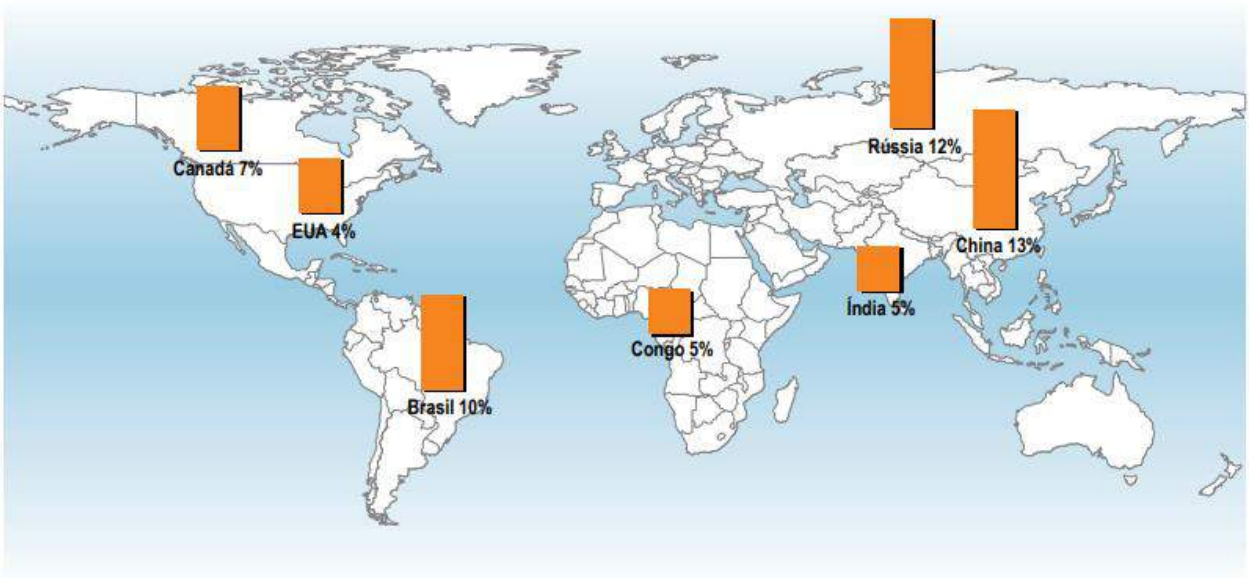
Pilar do setor elétrico, a busca pelo baixo custo energético caminha de braços dados com a universalização do acesso. De outro modo, a indústria caminharia a passos estreitos, sustentada, tão somente, por poucos consumidores aptos a arcar com custos mais elevados. Nesse segmento a busca por fontes baratas e abundantes sempre esteve no foco dos artífices do sistema elétrico.

No Brasil, a baixa prospecção de fontes tradicionais, como o carvão mineral e o petróleo, conduziu à perquisição de uma fonte alternativa capaz de proporcionar segurança e custo acessível. A geração hidráulica, baseada no potencial das diversas bacias existentes no vasto território brasileiro, despontou como o caminho mais viável e, até mesmo, óbvio.

Não é sem razão que a Constituição refere os potenciais de energia hidráulica em dois momentos distintos: a) ao enumerar os bens da União (art. 20, IX); e b) no Capítulo da Ordem Econômica, determinando que se trate de propriedade distinta da do solo (art. 176, caput). Esse cuidado do Constituinte decorre da natureza estratégica dos mananciais geradores para o Sistema Elétrico Brasileiro (SEB).

Na atualidade, a China é o país que mais investe na geração hidrelétrica com destaque também para a América do Norte, Rússia, Índia, Congo e Brasil. Do ponto de vista do número de países com condições de exploração desse potencial constata-se que poucos são dotados de tal possibilidade. Os motivos são a necessidade de grandes bacias hidrográficas capazes de inundar vastas extensões de terra, formando um lago de proporções suficientes para acionar os geradores de forma contínua.

Figura 1. Principais potenciais hidrelétricos tecnicamente aproveitáveis no mundo.



Fonte: EPE, 2007.

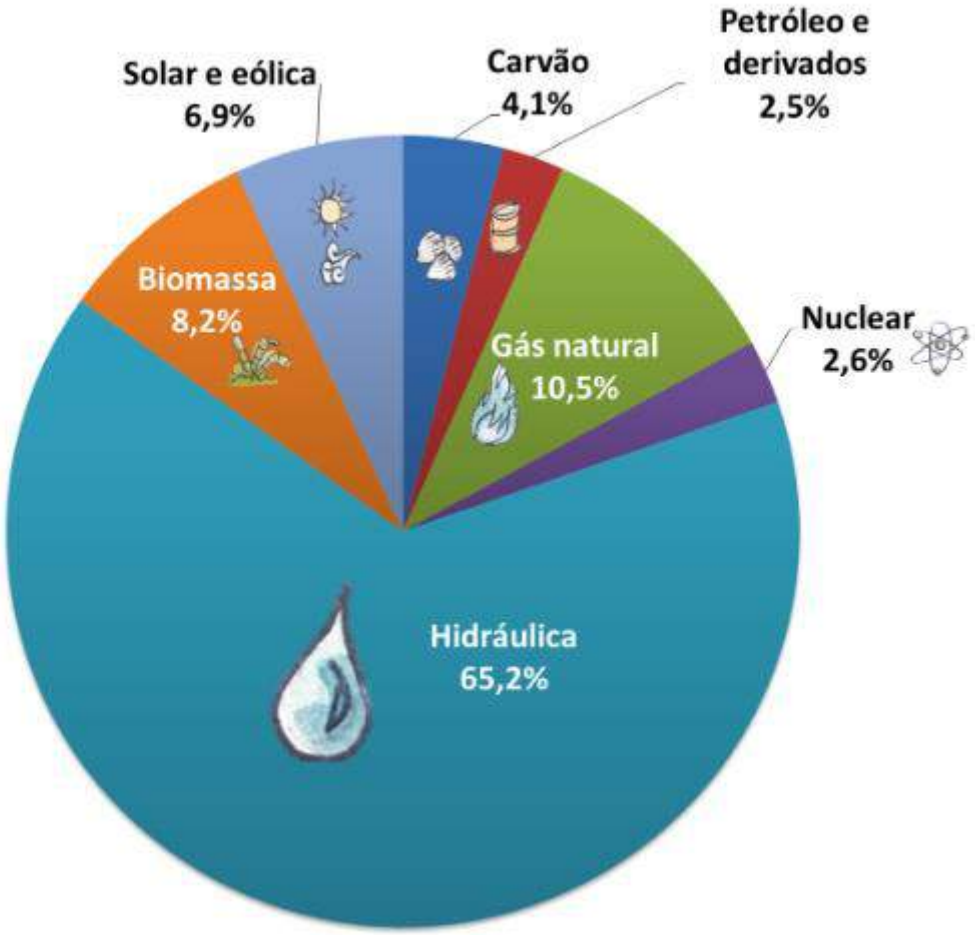
Tomando como parâmetro a geração elétrica, o Brasil ostenta um invejável percentual de fontes renováveis frente a derivados do petróleo, carvão mineral e usinas nucleares. Novas tecnologias como a biomassa, a geração fotovoltaica e fontes eólicas têm apresentado considerável avanço, com investimentos crescentes, sendo que, em 2017, as três fontes juntas ultrapassaram o percentual de 15% da geração total, conforme noticiado no Balanço Energético Nacional (BEN) 2018[45].

Esse cenário de altos índices de produção de energia hidrelétrica conjugados com a ascensão das "novas" fontes renováveis colocaria o país em confortável posição de propulsor das chamadas "energias limpas", logrando possível êxito em abandonar técnicas emissoras de carbono e energia atômica.

Esse horizonte, entretanto, deparou-se com a crise hídrica, que tomou corpo a partir nos anos de 2011 e 2012 e colocou em risco a formulação da matriz elétrica, forçando os órgãos governamentais a lançar mão da geração térmica, especialmente impulsionada por gás natural e óleo diesel para evitar uma crise no abastecimento e a tomada de medidas mais drásticas, como o racionamento.

[45] Vide Figura 2.

Figura 2. Matriz Elétrica Brasileira 2017.



Fonte: Balanço Energético Nacional (BEN) 2018.

Embora essas questões pudessem ter sido antevistas e prevenidas com políticas adequadas de longo prazo, não sobrevieram apenas efeitos danosos. O enfoque das novas energias passou a ir além do viés da sua utilização no sistema geracional como alternativa às tradicionais. As mudanças foram mais além e repercutiram até mesmo na forma de gerar a energia sobre o prisma de quem a produz.

Conceitos antigos, mas pouco conhecidos do público, como microgeração, autoconsumo e geração distribuída tornaram-se termos correntes, particularmente a partir da edição da Resolução Normativa nº 482 (RN 482), de 17 de abril de 2012, da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

Assim, não apenas os grandes produtores tiveram acesso às novas fontes, mas também os consumidores, até mesmo os residenciais, passaram a poder gerar a sua própria energia através de equipamentos instalados em edifícios e casas. Esse novo mercado, ao mesmo tempo em que promete uma mudança irreversível na forma de gerar energia, também traz consigo incertezas jurídicas.

3 A GERAÇÃO COMPARTILHADA E OS LIMITES DA RESOLUÇÃO NORMATIVA ANEEL Nº 482/2012

A introdução das energias renováveis como alternativa às tradicionais modificou não apenas a técnica ante o aspecto objetivo, ou seja, da tecnologia empregada na geração elétrica; também operou mudanças no que respeita ao produtor da energia.

Mercado antes destinado quase exclusivamente a empresas de grande porte passou a ser alvo de investimentos também por pequenos empreendedores e, até mesmo, consumidores residenciais. Essa mudança deveu-se à utilização do método denominado de Geração Distribuída[46] (GD), onde o próprio consumidor gera a energia que consome e injeta o excedente na rede de distribuição, creditando-se para consumo futuro.

Fugiria ao escopo desse brevíssimo trabalho maior verticalização do tema. Aqui se busca tão somente chamar a atenção do leitor para novos questionamentos decorrentes do avanço tecnológico e que, certamente, promoverão mudanças no Direito nos próximos anos. Todavia, a melhor compreensão dos limites da Geração Compartilhada[47] (GC) e do Autoconsumo Remoto[48] auxilia a construção de uma visão crítica sobre as perspectivas do setor em futuro próximo, especialmente com possíveis alterações a serem inseridas na RN 482, após a realização de audiências públicas durante o ano de 2019.

No atual modelo a GC só é permitida a consórcios ou cooperativas em sistemas de microgeração ou minigeração distribuída. Ou seja, embora seja permitido o autoconsumo remoto por grupos de pessoas físicas ou jurídicas, ainda não é permitida a comercialização do excedente.

A retirada ou minimização dessa vedação constitui-se um dos maiores clamores da indústria da Geração Distribuída, posto ser apontado como obstáculo relevante ao crescimento do setor, tanto na parte de equipamentos (painéis solares, aero geradores, etc.) como para a competitividade dos preços

[46] A introdução da chamada Geração Distribuída possibilitou que consumidores produzam sua própria energia dede que observados os parâmetros estabelecidos da **Resolução Normativa ANEEL nº 482/2012**. Nesse viés destacam dois conceitos similares: a) **microgeração distribuída**: central geradora de energia elétrica, com potência instalada menor ou igual a 75 kW e que utilize cogeração qualificada, conforme regulamentação da ANEEL, ou fontes renováveis de energia elétrica, conectada na rede de distribuição por meio de instalações de unidades consumidoras; e b) **minigeração distribuída**: central geradora de energia elétrica, com potência instalada superior a 75 kW e menor ou igual a 5MW e que utilize cogeração qualificada, conforme regulamentação da ANEEL, ou fontes renováveis de energia elétrica, conectada na rede de distribuição por meio de instalações de unidades consumidoras.

[47] O sistema de GD permite que mais de um consumidor produza energia conjuntamente. Desse modo, entende por **geração compartilhada** a reunião de consumidores, dentro da mesma área de concessão ou permissão, por meio de consórcio ou cooperativa, composta por pessoa física ou jurídica, que possua unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída em local diferente das unidades consumidoras nas quais a energia excedente será compensada (Resolução Normativa ANEEL nº 482/2012).

[48] Também inserido no conceito de Geração Distribuída, o **autoconsumo remoto** é caracterizado por unidades consumidoras de titularidade de uma mesma Pessoa Jurídica, incluídas matriz e filial, ou Pessoa Física que possua unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída em local diferente das unidades consumidoras, dentro da mesma área de concessão ou permissão, nas quais a energia excedente será compensada (Resolução Normativa ANEEL nº 482/2012).

em geral, pois fica mantido o sistema de comercialização focado nas distribuidoras.

Muito embora esse assunto tenha grande significado em longo prazo, o debate atual encontra-se voltado à taxação da energia excedente injetada na rede pelos pequenos produtores como forma de remunerar o sistema de distribuição pela utilização do fio, o que poderia representar um decréscimo de mais 60% da energia produzida.

A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) argumenta que os custos com o sistema são suportados por todos os consumidores, livres e cativos, e que não taxar o excedente produzido beneficiaria somente quem instala equipamentos de geração, excluindo aqueles que não aderiram a essa modalidade.

A questão jurídica tem duas vertentes: a) o impulso tecnológico que permite a inserção de novos conceitos como Geração Distribuída, Geração Compartilhada e Autoconsumo Remoto, deve ser objeto de maior debate pela comunidade acadêmica com vistas a proporcionar meios mais eficazes de promover a universalização do acesso e a modicidade tarifária?; e b) o modelo vigente impõe barreiras ao progresso das novas modalidades de geração vinculadas ao uso de fontes renováveis? Em caso positivo, como seria possível promover o equilíbrio entre o interesse no progresso das novas tecnologias e a segurança energética balizada no equilíbrio econômico dos sistemas de Geração, Transmissão e Distribuição?

Não parece razoável pretender uma redução do problema de forma a simplesmente apontar o sistema de distribuição como o principal responsável pelas dificuldades que a GD tem enfrentado. Por outro lado, é fato que, com uma regulamentação que permitisse a maior competitividade do setor, em especial com a permissão para comercialização do excedente, a Geração Distribuída poderia contribuir muito mais para a segurança do sistema energético.

O Direito apresenta-se como a ferramenta capaz de viabilizar a implementação dos avanços tecnológicos no setor elétrico. Entretanto, o debate sobre as questões econômicas é fundamental para o sucesso dos novos modelos que nortearão a produção e comercialização de energia elétrica nas próximas décadas. A competitividade desponta como palavra-chave na construção do novo arcabouço. Caso contrário, o progresso industrial estará sempre atrelado às limitações da disponibilidade energética, particularmente em regiões menos desenvolvidas, onde a precariedade da infraestrutura apresenta-se como o grande obstáculo a ser vencido.

4 O IMPACTO DA LEI DOS DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA NOS PROJETOS DE GERAÇÃO DISTRIBUÍDA

No intuito de dar impulso aos diversos setores econômicos foi aprovada a Lei dos Direitos de Liberdade Econômica – LDLE (Lei nº 13.874/2019) que, dentre outras medidas desburocratizadoras, instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, a qual estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador.

Foram reconhecidos como princípios norteadores a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas, a boa-fé do particular perante o poder público, a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o

exercício de atividades econômicas e o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Nesse prospecto, a nova Lei fez inserir o reconhecimento da importância do exercício da atividade econômica instituindo mecanismos de defesa do particular contra a mora, burocracia excessiva e restrições diversas por parte das diversas esferas do Poder Público que atuam na regulação, prevenindo o nomeado abuso do poder regulatório.

Diversas garantias procuram minimizar os efeitos que a insegurança jurídica e o risco regulatório exercem sobre o desempenho da economia, ficando vedado ao Poder Público indevidamente: a) criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes; b) redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado; c) exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado; d) redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco; e) aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios; f) criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros; g) introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas; h) restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal; e i) exigir, sob o pretexto de inscrição tributária, requerimentos de outra natureza.

Como se vê o escopo legal é direcionado a garantir que o Estado, em todas as suas esferas de governo, não crie obstáculos ao labor, induzindo ao costume administrativo de não impedir direta ou indiretamente que o particular procure dinamizar o fluxo econômico, o que gera tributos, emprego e renda.

4.1 O Sentido Jurídico do Termo "Atividade Econômica"

Antes de incursionar na análise propriamente dita sobre as consequências da LDLE no que respeita ao sistema de Geração Distribuída vigente, cabe destacar o significado jurídico do termo "atividade econômica", em virtude da importância que tal delimitação adquire face o estudo do tema.

No ocidente, historicamente predominou o sistema liberal de organização econômica[49], especialmente com o avanço das ideias de Adam Smith, os governos buscaram distanciar-se do labor e da indústria, ocupando-se, quase exclusivamente, daquelas atividades denominadas típicas de Estado, tais como a segurança pública, saúde, saneamento, dentre outras.

A noção de mercado auto regulável funcionou como uma das premissas do liberalismo e carreou essa ótica para dentro dos gabinetes governamentais. A mudança veio apenas com o impacto causado pelas doutrinas socialistas e o receio que o novo ideário ganhasse força dentre as nações tradicionalmente liberais.

O capitalismo, como o mais adaptável dos modos de produção até hoje conhecidos, viu nesse cenário a oportunidade de ganhar terreno e foram desenvolvidas teorias que abrandavam a noção de Estado não intervencionista,

[49] BASTOS, 2000, p. 104.

com destaque para Keynes, cuja doutrina serviu de base à conformação do *welfare state*[50].

O Estado passa a intervir na seara econômica, seja exercendo diretamente a atividade, controlando a mercancia através dos impostos ou regulando as atividades através de agências especializadas. Esse espectro modificou completamente o cenário da atuação econômica que antes ficava restrito, predominantemente, à iniciativa privada.

Nesse molde de análise é importante lembrar que, na ótica do estado liberal, a principal função das trocas comerciais consiste em prover os recursos para sustentar a máquina pública através dos impostos. Essa é, sem dúvida, a principal vocação dos governos no que se refere à economia. Outras formas de intervenção, como o exercício direto de atividade ou a regulação, decorrem da necessidade de adaptação do sistema capitalista aos ideais contidos nas doutrinas sociais.

David Ricardo[51] ao comentar acerca da taxação sobre os ganhos na atividade especulativa explana que os lucros das ações, nas diferentes áreas de atividade humana, têm uma proporção entre si e tendem a variar todos no mesmo grau e na mesma direção, resta considerar o que é a causa das variações permanentes na taxa de lucro e as consequentes alterações permanentes na taxa de juros.

Desse modo, uma das variáveis a ser considerada e que reflete o equilíbrio entre a atividade privada e a administração do estado reside justamente em determinar as possibilidades de ganho com os tributos em geral e a imposição de atuação estatal na álea econômica como meio eficaz de incremento da arrecadação, escopo maior do gestor no que se refere à materialização das políticas públicas.

Referência clássica, no Brasil, encontra-se na indústria do petróleo. Depois de anos defendendo a inexistência de óleo economicamente aproveitável em território nacional o governo, no início dos anos 1950, entendeu pela viabilidade da exploração da *commodity* pelo estado em regime monopolístico.

Ricardo Camargo[52] frisa que, desde a publicação da Lei nº 2.004/53, a instituição do monopólio fora objeto de críticas por alas que outrora sustentavam ser tecnicamente impossível que o território brasileiro fosse dotado desta fonte de energia. Mesmo assim, a atividade ganhou força nas décadas seguintes, especialmente depois dos dois choques do petróleo ocorridos nos anos de 1970.

De fato, a atividade petrolífera no Brasil, embora nunca tenha adquirido relevância exponencial na exploração *onshore*, revelou-se de grande utilidade não apenas para as políticas públicas como também para diversos setores privados na recuperação de óleo *offshore*, notadamente em águas ultra profundas, que se deu sobremaneira a partir da "flexibilização" do monopólio com a publicação da Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo).

Assim, atividade econômica há que ser entendida de forma mais ampla do que a atividade especulativa, ou seja, na primeira hipótese estão englobadas quaisquer circunstâncias que envolvam movimentação financeira,

---

[50] Estado de bem-estar social.

[51] "The profits of stock, in different employments, having been shown to bear a proportion to each other, and to have a tendency to vary all in the same degree and in the same direction, it remais for us to consider what is the cause of the permanent variations in the rate of profit, and the consequent permanent alterations in the rate of interest". 1984, p. 64.

[52] 1998, p. 95.

tais como agricultura, indústria, comércio, serviços, mercado de capitais e até mesmo negócios a título gratuito ou desprovidos de escopo de lucro.

Por outro lado, a especulação traz consigo um conceito bem mais restrito, pois envolve, tão somente, aquelas atividades que circundam bens em cuja hipótese o especulador os adquire por menos e os revende por mais, excluindo-se as atividades produtivas (agricultura e indústria) e de serviços.

Embora não seja sua função, o Código Civil oferece uma boa pista dos elementos constitutivos do conceito de que tratamos quando considera empresário quem exerce profissionalmente **atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços**.

Washington Peluso Albino de Souza[53] ressalta que a empresa integra a política econômica como sujeito e o Direito Econômico preocupa-se com a sua atuação, traçando normas de conduta e impondo incentivos, obstáculos, limitações e, até mesmo, interferindo no seu próprio destino.

A caracterização da lei civil ainda é restritiva, pois busca estabelecer qual é a atividade econômica desempenhada pelo empresário. Sendo que outras existem exercidas por não empresários que se enquadram, igualmente, nesse espectro de atuação humana lícita e ilícita.

Embora traga consigo enfoque distinto, Eros Grau[54] referência cuidadosamente o termo atividade econômica, a qual nomeia de expressão "camaleão" em franca crítica ao que intitula de "perigo tanto para o pensamento claro quanto para a expressão lúcida". A excessiva abertura do termo e a sua indiscriminada utilização para delimitar circunstâncias distintas contribui para tornar ainda mais árdua a busca da precisão terminológica.

Ante a abordagem do tema pelo constituinte de 1988, a atividade econômica deve ser entendida de duas formas distintas: a) em sentido amplo; e b) em sentido estrito. Na primeira hipótese tem-se o gênero que engloba todas as espécies, a saber: i) atividade econômica em sentido estrito; ii) prestação de serviços públicos; e iii) atividades ilícitas[55].

Importa, dessa maneira, a compreensão de que a "atividade econômica" poderá ser entendida tanto de forma ampla, como qualquer interferência na álea econômica, seja pelo Poder Público ou por particular; ou de forma estrita, ou seja, excluindo a prestação de serviços públicos (pelo Estado ou por particular) e as atividades ilícitas.

4.2 Breve Panorama sobre os Princípios Norteadores da LDLE

Com o potencial de inserir novas balizas à proteção da livre inciativa, a LDLE estabeleceu um conjunto de princípios que devem guiar a ação do Estado como ente regulador da atividade econômica. Esses vetores pressupõem o poder público como sujeito da regulação, capaz de interferir diretamente sobre o curso da inciativa de particulares no desempenho produtivo.

---

[53] 1999, p. 296.

[54] 2008, p. 99.

[55] Eros Grau propõe a "convenção" de que o termo atividade econômica deve ser entendido no espectro amplo e estrito, fazendo incluir dentre as atividades no sentido amplo (art. 174, CF) as atividades no sentido estrito (art. 173, CF), a prestação de serviços públicos (art. 175, CF) e as atividades ilícitas (tudo o que for tipificado como crime ou contravenção, a exemplo dos jogos de azar). Idem, pp. 100-7.

Quatro princípios vetorizam a ação da nova lei, a saber: a) a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; b) a boa-fé do particular perante o poder público; c) a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e d) o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Antes de adentrar no comentário sobre cada princípio de per si, cumpre lembrar que a Constituição Federal elegeu a livre inciativa como um dos fundamentos da ordem econômica e dela decorrem os princípios estabelecidos na LDLE. O aparato legal age, dessa forma como uma proteção contra eventuais ações desagregadoras do Estado regulador contra a liberdade econômica.

Essa afirmação é confirmada já no art. 1º da Lei quando estatui que se estabelecem normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador.

A *mens legis*, desse modo, busca construir defesas contra eventual ação abusiva estatal, seja exercendo a função normativa ou regulatória, ambas modalidades de intervenção no domínio econômico e passíveis de controle pelo Poder Judiciário em sede de ação, seja de forma hipotética ou em ações de cunho individual.

A Exposição de Motivos Interministerial (EMI nº 083/2019 ME/AGU/MJSP) que acompanhou a Mensagem Presidencial nº 164/2019, a qual encaminhou ao Congresso Nacional a Medida Provisória nº 881/2019, depois convertida na Lei nº 13.874/2019, deixou de tecer comentários sobre o significado dos princípios aqui comentados.

Ficou, desse modo, para a comunidade jurídica a tarefa de interpretar, à luz do ordenamento vigente, o real significado desses princípios que servirão como baliza à atuação da Administração Pública e do Poder Judiciário em situações onde se faça necessária a intervenção dos entes públicos de forma a garantir a nova ordem estabelecida pela LDLE e reforçar a sua capacidade de mudar o percurso a ser seguido por pequenos e grandes investidores que almejam desenvolver no território brasileiro uma infinita variedade de atividades que servirão como base à melhora dos índices de desenvolvimento apresentados pelo Brasil.

O primeiro dos princípios é a **liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas**, ou seja, pretende-se operar uma mudança de regra contrária ao que se vem praticando ao longo das décadas. O conceito justapõe-se à ordem liberal, na medida em que congrega a livre iniciativa e os direitos da liberdade e da propriedade, inseridos no âmago dos chamados direitos fundamentais de primeira dimensão.

Conforme assevera Ingo Sarlet[56], os direitos fundamentais a partir de sua menção nas primeiras Constituições escritas são um produto particular do pensamento liberal-burguês do século XVIII[57]. São direitos do indivíduo frente ao Estado, de marcado cunho individualista, conhecidos como direitos de defesa. Constituem-se em uma zona de não intervenção estatal e representam uma esfera de autonomia frente ao seu poder. Identificam-se, portanto, como direitos negativos, posto que voltados a uma abstenção e não a uma conduta de ordem positiva por parte dos entes públicos, sendo nesse sentido, direitos de

[56] 2012, p. 46-7.

[57] O autor faz a ressalva para "certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês". 2012, p. 46.

resistência ou de oposição, tais como os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, dentre outros.

Optando classificar os direitos fundamentais em gerações, Paulo Bonavides[58] afirma que esses direitos valorizam o "homem-singular", o "homem das liberdades abstratas", o "homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil". Os direitos de liberdade postam-se, desse modo, como interlocutores entre o Estado e o indivíduo, preservando esse frente à maior potencialidade de ação ostentada pelas organizações estatais.

Essa conformação indica, inegavelmente, o viés liberal da primeira dimensão dos direitos fundamentais, pois busca prover meios para que o cidadão oponha-se a ação limitadora dos governos frente a questões intrínsecas da existência humana, tais como a vida, a liberdade e a propriedade.

A **liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas** é, pois, um desdobramento desses direitos; o reconhecimento de que a ação estatal moderna é limitadora do livre exercício da atividade econômica e que esta é merecedora de proteção jurídica, na medida em que representa a ação humana que, *ultima ratio*, é responsável pela manutenção material da sociedade e do próprio Estado.

O segundo princípio elencado na LDLE é a **boa-fé do particular perante o poder público**, descendente do princípio da boa fé que caracteriza as relações contratuais privadas, trata-se de medida desburocratizadora, adotada desde a revolução industrial por boa parte dos países capitalistas de centro.

Três medidas práticas podem ser facilmente identificadas na LDLE que decorrem diretamente desse princípio, quais sejam: a) gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário (art. 3º, V); b) não ser exigida pela administração pública direta ou indireta certidão sem previsão expressa em lei (art. 3º, XII); e c) vedar ao poder público criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros (art. 4º, VI).

Além de proteger a boa fé, posto que necessária ao desenvolvimento viável da economia[59], o **princípio da boa-fé do particular perante o poder público** também está em consonância com a livre iniciativa e o direito à propriedade, alicerces da exploração racional dos recursos econômicos.

Richard Posner[60] lembra que "la protección legal de los derechos de propriedad crea incentivos para explotar los recursos eficientemente. (...) La creación de derechos de propriedad individuales (en oposición a los colectivos) es una condición necesaria pero no suficiente para el uso eficiente de los recursos".

---

[58] 2016, p. 578.

[59] O custo da "desconfiança" nas relações econômicas no Brasil não recebe a necessária atenção por parte de agente públicos e privados, mesmo representando considerável acréscimo no custo do produto final, o qual agrega despesas tendentes a diminuir o risco proveniente da má fé, tais como uso de serviços cartorários, necessidade de emissão de certidões, contratação de serviços especializados em avaliação de risco regulatório, insegurança jurídica, etc.

[60] 2013, pp. 68;70.

A proteção dos direitos individuais, segundo o autor, é necessária à exploração eficiente dos recursos econômicos (naturais e artificiais), todavia, não se faz suficiente se outras garantias não forem agregadas, de forma a afiançar que o aporte de trabalho e de valores não tenha seu retorno prejudicado por políticas estatais desprovidas de compromisso com o resultado financeiro.

Na linha de análise dos princípios tem-se a **intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas**. Novamente é possível identificar a preocupação do legislador em assegurar que o poder público deixe ao particular o exercício da atividade econômica.

A redação do artigo abre possibilidade hermenêutica para duas interpretações quanto ao sentido da palavra ***intervenção***: a) no aspecto regulatório, tanto através da normatização quanto por meio do uso da função extrafiscal dos tributos; e b) exercendo diretamente a atividade econômica, como Estado empresário.

Nessa ótica, é forçoso não olvidar que a intervenção estatal através da regulação e da utilização da função extrafiscal dos tributos, em maior ou menor monta, sempre ocorrerá no sistema brasileiro atual, haja vista que todo o prospecto de ação estatal é baseado nessas premissas, além de outras que conformam a incursão pública na atividade privada.

Assim, o artigo busca estabelecer uma norma de atuação, pautando a ação estatal em situações de excepcionalidade e buscando, na medida do que for adequado a cada segmento, o menor nível possível de ação, concretizando o princípio basilar do liberalismo consistente na autorregulação dos mercados (a mão invisível).

Por outro lado, a intervenção direta através do exercício da atividade empresária também deve ser objeto de reflexão. É certo que a incursão do Estado na seara empresarial historicamente é entendida como medida excepcional, necessária ao suprimento de atividades que, muitas vezes, não são possíveis à iniciativa privada, ou pelo alto risco que representam, ou pela necessidade de aporte de grandes somas de capital.

Embora essa inferência seja comumente aceita, também é possível determinar que, a depender do viés ideológico de cada governo, a presença do Estado empresário é sentida em maior ou menor espectro.

Não foi sem motivo que a Constituição de 1988 consignou expressamente que ressalvados os casos previstos no seu próprio texto, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

A intenção do Constituinte de 1988 não demanda maiores trabalhos hermenêuticos, contanto tenha clarificado a adoção do princípio da excepcionalidade quanto à atuação do Estado como empresário, deixando a cabo da iniciativa privada o exercício de funções que lhe são costumeiramente dedicadas.

José Vicente Santos de Mendonça[61] lembra que mesmo na condição de empresário ainda se há que distinguir entre a atividade prestadora de serviço público e aquela voltada à atividade empresarial enquadrada no regime privado, seja de forma monopolista ou concorrencial. O autor lembra que se costuma

[61] 2014, p. 180.

aceitar a prestação de serviços públicos, a mais tradicional função do Estado, desde que num espectro mínimo, e sempre com a possibilidade de delegação de sua execução à iniciativa privada (nem sempre foi dessa forma). A disciplina das atividades econômicas também não tem como ser negada, sendo que, segundo o autor, "o ponto crítico sempre será sua extensão e profundidade". O fomento público é visto com bons olhos e não teria como ser diferente, pois é uma ajuda. O "patinho feio" das funções administrativas é a intervenção monopolista e concorrencial, porque, no primeiro caso, suprime o mercado, e, no segundo, representa mais concorrência às empresas privadas não integrantes da Administração Pública.

São relevantes as considerações de Mendonça sobre a condução da política do Estado empresário (prestador ou não de serviço público), elas reforçam a noção da excepcionalidade dessa atividade, que, de forma alguma, deve constituir-se em escopo da Administração Pública, mas sempre mera atividade meio, voltada a suprir a prestação de serviços essenciais ou úteis à Sociedade ou preencher lacunas deixadas pela iniciativa privada no mercado concorrencial.

O derradeiro princípio listado na LDLE é o **reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado**. Aqui se encontra a admissão legal da hipossuficiência do investidor frente à Administração Pública no que se refere particularmente à atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica.

Note-se que a presunção de hipossuficiência aplica-se com maior vigor à chamada "atividade econômica de baixo risco", sendo que naquelas onde for identificada maior probabilidade de dano, o regulamento poderá afastar a aplicação desse princípio, segundo critérios de aferição limitados a questões de má-fé, hipersuficiência ou reincidência.

De toda forma, a presunção, *ad initio*, é de que o Estado, por ter posição de superioridade, faz com que o particular coloque-se em situação de vulnerabilidade quando intenta exercer atividade econômica e depende de ato de liberação, ou melhor até de regulação adequada e segurança jurídica condizente com o seu investimento.

A maior das benesses introduzida por esse vetor, decerto está na Pedagogia e não no Direito: consiste em desbancar a ideia de que o investidor (nacional ou estrangeiro) é um eterno vilão sempre pronto a pilhar, sugar, desviar, defraudar, enfim, cometer toda a sorte de vilanices pela sua simples condição de detentor do capital e que o Estado e o trabalhador assalariado são permanentes vítimas, que a todo o momento são usurpadas em seus direitos.

CONCLUSÕES

A Geração Distribuída, entendida como meio de incremento da oferta energética no Brasil e vetor de desenvolvimento, experimentou avanços significativos desde a edição da Resolução Normativa ANEEL nº 482/2012. Nessa ótica, ampliou-se notavelmente o espectro de geradores de energia elétrica, alçando pequenas empresas, grupos de grandes consumidores e pessoas físicas a essa condição.

A agência reguladora fez de avanços tecnológicos verdadeiras conquistas ante a escala de produção energética, contribuindo para expressiva melhora nos

padrões de segurança do abastecimento, sobretudo com o esgotamento das fontes hidráulicas, seja pela limitação da quantidade de bacias hidrográficas aproveitáveis, seja pela variabilidade dos índices pluviométricos anuais.

Ainda assim, necessário se faz alcançar patamares de maior fluidez na escala industrial do setor. A chave a para a solução do problema encontra-se na segurança jurídica e na eliminação de travas burocráticas que dificultam o desempenho da atividade e afugentam investidores nacionais e estrangeiros.

A Lei de Direito de Liberdade Econômica trouxe consigo diversas expectativas para a economia, especialmente no que se refere ao desempenho de atividades econômicas denominadas de “baixo risco”, dentre as quais é possível citar a Geração Distribuída e a Geração Compartilhada. Incremento mais significativo para o setor elétrico, sem sombra de dúvida, ocorreria com a abertura da comercialização do excedente para mini e microgeradores. Todavia, ainda há que se aguardar maior sedimentação da LDLE e amadurecimento técnico jurídico da Agência Reguladora. Certamente há substrato suficiente para esse trabalho hermenêutico.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito Econômico Brasileiro**. São Paulo: Celso Bastos, 2000. 349p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. 872p.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **O Capital na Ordem Jurídico-Econômica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. 308p.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. 384p.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 490p.

POSNER, Richard A; trad. Eduardo L. Suárez. **El Análisis Económico del Derecho**. 2ª ed. 1ª. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 2013. 1120p.

RICARDO, David. The **Principles of Political Economy and Taxation**. London and Melbourne: Everyman´s Library, 1984. 300p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direito Fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. 504p.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 4ª. ed. São Paulo: LTr, 1999. 614p.

O QUE RESPONDER A MAFALDA? AS ÉTICAS ANTIGA, MODERNA E CONTEMPORÂNEA EM CONFRONTO

¿QUÉ RESPONDER A MAFALDA? LA ÉTICA ANTIGUA, MODERNA Y CONTEMPORÁNEA ENFRENTADA

José Antonio Siqueira Pontes.[62]



Figura 1: fonte (BELATI , 2000)[63]

Resumo: O presente artigo elabora um discurso de apresentação de algumas correntes contemporâneas da ética, em confronto teórico com as éticas moderna e antiga. Destacam-se dois autores atuais, Martha Nussbaum e Enrique Dussel, uma vez identificados os principais argumentos sobre os fracassos das propostas modernas e racionais. A argumentação adota o contraste cultural norte-sul, dominantes-dominados, sem pretender adentrar as questões teóricas avançadas sobre dominação, violências reais e simbólicas e colonialismo e pós-colonialismo. Algumas críticas elaboradas por alguns pensadores com efeitos devastadores sobre a ética moderna em geral, como Nietzsche, Freud e Adorno, entre outros, também

[62]Mestre e Doutor em filosofia do direito pela Universidade de São Paulo. Co-coordenador do G.P. Compliance Facamp. Professor da graduação em direito e pesquisador do P.P.G.D. Facamp/Campinas/SP. Editor-chefe da Revista DESC (desc.facamp.com.br). Endereço eletrônico: jspontes@gmail.com

[63]Todas as tirinhas de Quino/Mafalda utilizadas neste artigo têm por origem veículos de imprensa, sites, artigos acadêmicos e dispensam licença pelos titulares do direito autoral para publicação por determinação legal, em especial o disposto na Lei Brasileira Nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, art. 46, incisos III e VIII, assim transcritos: “Não constitui ofensa aos direitos autorais: [...] III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra; bem como [...] VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores”.

são referidas como contextualização para demarcar as raízes teóricas e práticas das crises da civilização atual, servindo também como ponto de partida desafiadores para novas propostas e novos critérios do agir ético. Com uma linguagem mais simples concebida para estudantes iniciantes em ética, política e direito, o cenário do discurso é interpretado pelo cartunista Quino e sua cria mais famosa, Mafalda, que, no papel de criança arguta e personagem histórico de uma cultura latino-americana, ilustram a argumentação com suas tirinhas e servem para aguçar o espírito crítico ao mesmo tempo em que podem, no papel de professor e aluna, contextualizar as perguntas e respostas da ética atual. A voz de uma garotinha da Argentina e seu humor são o pano de fundo para uma breve apresentação, pelo personagem Quino, das propostas anti-eurocêntricas, de raiz sul-americana, centro-americana, africana dentre outras raízes regionais que romperam com a tradição moderna nas últimas décadas, constituindo importante lugar de reflexão para a ética contemporânea, sem perder de vista o diálogo possível com as chamadas éticas comunitárias ou com os resgates das virtudes nas releituras recentes da ética antiga, especialmente a de Aristóteles.

Palavras-chave: Ética Antiga, Ética Moderna, Ética da Libertação, Enrique Dussel, Martha Nussbaum.

Resumen: Este artículo elabora un discurso de presentación de algunas corrientes contemporáneas de la ética, en la confrontación teórica con la ética moderna y antigua. Dos autores actuales, Martha Nussbaum y Enrique Dussel, desde que destacados los principales argumentos sobre los fracasos de las propuestas modernas y racionales. La argumentación adopta el contraste cultural norte-sur e dominado-dominantes, sin pretender entrar en las preguntas teóricas avanzadas sobre la dominación, la violencia real o simbólica y el colonialismo o el postcolonialismo. Algunas críticas elaboradas por otros pensadores con efectos devastadores en la ética moderna en general, como Nietzsche, Freud y Adorno, entre otras, también se conocen como contextualización para demarcar las raíces teóricas y prácticas de las crisis de la civilización actual, sirviendo también como un punto de partida desafiante para nuevas propuestas y nuevos criterios de acción ética. Con un lenguaje más sencillo diseñado para estudiantes que se inician en la ética, la política y el derecho, el escenario discursivo es interpretado por el dibujante Quino y su hija más famosa, Mafalda, quien, en el papel de una niña astuta y personaje histórico de una cultura latinoamericana, ilustran el argumento con sus tiras cómicas y sirven para agudizar el espíritu crítico al mismo tiempo que, en el rol de docente y alumno, pueden contextualizar las preguntas y respuestas de la ética actual. La voz de una niña argentina y su humor son el telón de fondo de una breve presentación, a cargo del personaje Quino, de propuestas anti-eurocéntricas, de raíces sudamericanas, centroamericanas, africanas, entre otras raíces regionales que rompieron con la tradición moderna en las últimas décadas, constituyendo un importante lugar de reflexión para la ética contemporánea, sin perder de vista el posible diálogo con la llamada ética comunitaria o con el rescate de las virtudes en las recientes reinterpretaciones de la ética antigua, especialmente la de Aristóteles.

Palabras Clave: Ética Antigua, Ética Moderna, La Ética de La Liberación, Enrique Dussel, Martha Nussbaum.

INTRODUÇÃO

Mafalda e seu criador, Quino, conversam em uma praça de Buenos Aires. Ela é uma garotinha que gostaria de entrar na faculdade de ciências sociais e se formar em direito, filosofia ou sociologia; quer assistir às aulas de ética e história do pensamento para se engajar na luta por um mundo melhor. Desde muito cedo, Mafalda manifestava preocupações éticas fundamentais, às vezes parecendo uma ativista indignada, às vezes com a ternura e a inocência de uma criança. Um dia, Mafalda foi à farmácia e pediu um remédio para a falta de caráter. O farmacêutico não deu a resposta e ela agora quer bater à porta da Universidade.



Figura 2: Mafalda. fonte (BIBI DE BICICLETA, 2014).

Mafalda ainda não estava consciente do que vinha ocorrendo nos últimos cinquenta anos de sua existência (sim, ela é uma garotinha, mas já tem meio século), a humanidade caminha para uma crise sem precedentes na nossa história. O que ela não sabe ainda é que, pior que todas as crises anteriores, a atual parece envolver o globo inteiro e num passo sem retorno. As crises anteriores encontravam algumas propostas éticas como possibilidade de resposta, dando alguma segurança para o agir, mas a realidade do século vinte e um confirma cada vez mais um *fracasso da ética*, ou a impotência humana para resolver problemas que de tão complexos e graves não permitem mais respostas satisfatórias.

Quino então explica à garotinha Mafalda alguns temas atuais de ética e chama sua atenção porque não é nada fácil falar disso para uma criança. Então ele começa narrando as mais conhecidas distinções na história da ética.

2 DIFERENÇAS ENTRE AS ÉTICAS ANTIGAS, MODERNAS

As *éticas antigas* têm matriz greco-romana, em grandes linhas que aproximam Platão, Aristóteles, estoicos, epicuristas entre outras e tinham em comum uma preocupação com a natureza do *agir bem.* De diferentes formas a procura da verdade *universal* ainda aparece, seja no mundo ideal que Platão desenhou, seja na coleta de experiências comuns que fez Aristóteles, ou no *logos* do estoicismo, que tudo rege. Porém naquele tempo os filósofos se curvavam ao que era correto em busca da felicidade, lidando com os conceitos de virtude e de vício diferentemente uns dos outros, tanto quanto percebiam, estupefatos, a variação de concepções éticas e políticas. Por isso, é possível compreender as éticas antigas não como propostas universais, mas como destinadas a gerar, *localmente,* resultados práticos *na vida da polis.*

Se essa noção não se aplica a toda a filosofia antiga, ao menos podemos compreender assim a ética de Aristóteles, voltada para as definições de *virtude* e os

raciocínios *práticos* do agir perante as realidades multifacetadas e variáveis, sempre testando os conceitos abstratos das normas nas situações cotidianas. Ainda que a virtude de buscar o bem, segundo Aristóteles, tivesse uma natureza definida segundo *fins (telos)*, essa definição sempre podia ser posta à prova pelos saberes da *práxis*, próprios da dinâmica de homens que *pensam e agem* ao mesmo tempo, transformando o mundo o mais possível de acordo com os *fins* naturais a que as coisas tendem. E é por isso também que um traço em comum com as éticas antigas é sua vocação para a deliberação ética *localmente*, na vida política, ou vida da *polis.* Adolfo Sanches Vázquez assim compreende as éticas gregas em seu traço comum:

> Como o indivíduo por si só não pode aproximar-se da perfeição, torna-se necessário o Estado ou Comunidade política. O homem é bom enquanto bom cidadão. A idéia do homem se realiza somente na comunidade. A ética desemboca necessariamente na política (VÁZQUEZ, 1987, p. 239).

Das éticas modernas – continua Quino com a lição – também podemos afirmar um traço comum que as distingue da sua parente grega de dois mil anos antes. O renascimento *iluminista* trazia ares da *modernidade,* da confiança das pessoas para dominar os saberes naturais, técnicos e inclusive as ciências sociais universalmente. Sendo doutrinas gradualmente compartilháveis por senhores de terra, nobres, artistas, artesãos, padres, comerciantes e burgueses, essas novas éticas tiveram outras condições históricas para nascer, o que facilita sua defesa do *universal* com fundamentos teóricos inéditos, agora apoiados pelo geometrismo científico e pela consequente lógica cartesiana.

Então compreendemos por que surgiu a ética de Immanuel Kant que buscava um dever gerado não por um cosmos ou que está na natureza, mas pelas forças racionais do sujeito que pensa, logo existe e, portanto, pode determinar para si a lei moral certeira com plena autonomia e liberdade. Por isso a razão iluminista tomou conta da visão de mundo do ocidente dando corpo às *éticas modernas,* vistas como a face mais completa da ética, para sempre definitiva porque todo sujeito, desde o porto até a coroa, passa a ser visto como um portador de *razões, direitos* e *faculdades* universais e inalienáveis.

Essas *éticas universais* só floresceram no ocidente devido à crescente mundialização das relações produtivas e à laicização crescente do saber. A *globalização* germinava rapidamente já no século das luzes (século dezoito), fruto de um processo de quinhentos anos de transformações concretas da vida social europeia, desenvolvimentos técnicos, revoluções produtivas, explosões demográficas, urbanização e intenso mercantilismo internacional baseado em grande parte nas colônias americanas, africanas e asiáticas.

Então Mafalda começa a enxergar uma importante e fundamental distinção na história da ética. Primeiro vê que conforme a história muda, mudam as pessoas, suas vidas e suas concepções de ética também. Depois percebe que há uma oposição entre local e universal, ou entre o mutável e o eterno e vê como essas ideias são verdadeiramente difíceis. Depois lança mão de uma primeira pergunta que a incomodava ao lidar com essas novidades. Diz a garotinha: "- *Se as éticas antigas e as éticas modernas são éticas ocidentais, os orientais não têm ética?*"

Quino é um sábio pai e se esforça por simplificar as complexidades para a pequena Mafalda. Explica a ela que os orientais têm éticas tão importantes e até mais antigas do que aquelas que nos são mais próximas aqui no ocidente. As éticas ancestrais do oriente têm variadas fontes geográficas e culturais, por exemplo as de origem chinesa com *Confúcio*, as de origem indiana com os *Vedas*, e depois *Buda*

e mesmo as do oriente médio de origem na Suméria, na Pérsia e no Egito antigo. Cada qual tem realidades históricas e culturais muito diferentes, mas nós temos acesso a elas cada vez mais, especialmente nos nossos dias. São ancestrais, mas estão vivas. Por isso vemos por perto cada vez mais templos budistas ou praticantes de medicina *ayurveda*, ou estudos de ética confucionista atualizada. Porém, hoje, estamos falando apenas daquelas mais próximas a nós porque somos filhos de tradições ocidentais e herdamos a ética primeiro dos gregos, depois dos europeus. Então Quino recobra seu raciocínio, lembrando que o contraste entre as éticas ocidentais e orientais é um dos problemas que devem ser resolvidos atualmente, em nosso tempo. E, como veremos, não é o único contraste.

Antes, retoma o passo sobre o que aconteceu com as éticas modernas: passados mais trezentos anos desde Kant até o século vinte, as relações de cada povo e cada indivíduo com a teia de interdependências atingiu níveis impressionantes no globo e com efeitos tão extraordinários quanto devastadores para os seres vivos, então Quino explica a Mafalda, sucintamente, duas noções básicas para começar a ver o que se passa com a ética no século vinte e um, por meio de duas questões:

"– A vida é um conceito universal?" Hoje, há uma teia de relações *vitais* que foram objeto de nova compreensão biológica como visão de mundo, dando origem a novas ideias, como por exemplo o conceito de bioética (MATURANA, 1997 e CAPRA, 2006). Mas além das relações biológicas, há uma estrutura produtiva e de consumo que gera uma interdependência cada vez maior. A obtenção do alimento de cada dia é uma relação complexa que afeta o meio ambiente do universo inteiro. Essa interdependência global da vida pode nos levar a crer que as soluções para o agir humano são as mesmas aqui e no Irã, no Japão e na Islândia. Hoje, por exemplo, alguém que planta palma da Indonésia pode decretar falência porque o Greenpeace lançou uma campanha contra as empresas que produzem cosméticos e alimentos à base do óleo dessa planta. Motivo: seu extrativismo causou devastação estimada em oito milhões de hectares das florestas indonésias, além da dizimação de dezenas de milhares de orangotangos e tigres-de-sumatra na região (GREENPEACE, 2014).

Mafalda deveria saber disso antes de ser apresentada a produtos como *nutella, cotonetes, pepsi, colgate, pampers, band-aid, durex e sucrilhos*, todos produzidos à base de palma e alvo de protestos vexatórios das ONGs, mas Quino lhe explica que é por isso que a ética de pretensões universais é ainda vista por muitos como atual, porque criamos uma interdependência muito grande a que chamamos globalização dos mercados e o que acontece na indonésia tem relações com a vida toda do planeta. Porém a ideia de uma resposta ética para as florestas da Indonésia ou da Amazônia, universalmente, baseada nas teias universais da vida biológica reveladas pela globalização não significa que seja a mesma ou deva permanecer sempre a mesma resposta. Porque não necessariamente a globalização econômica da vida seja a forma mais correta ou a única forma de vida no planeta.

"- A ética pode ainda hoje ser universal?" Com essa segunda pergunta, Quino retoma seu argumento e confere se Mafalda o está entendendo que as *éticas antigas* foram concebidas para seus limites históricos e geográficos num tempo em que a vida real exigia condutas éticas para comunidades pequenas ou autossuficientes nas relações de produção. E que as *éticas modernas* foram criadas noutro contexto histórico, europeu, para as novas relações de produção que exigiam um indivíduo cada vez mais universal portador de direitos como a liberdade, a igualdade e a propriedade, um sujeito de direitos que se projeta para além do tempo e do espaço, genuinamente compatível com a vocação transnacional do

mercantilismo, o qual, em três séculos, transformou artesãos, mercadores e navegantes nas corporações transnacionais dos dias de hoje como *Johnson, Nestlé, Unilever, Pepsico, Nike, Intel, Boeing, Toyota, Pfizer, Petrobras, Siemens* etc. A depender dos progressos ou fracassos desse modo de vida tomado por grandes empresas globais, as propostas de ética universal podem ruir com todos os seus pressupostos relatados.

Mafalda é inteligente e acompanha os raciocínios complexos a ponto de revelar ainda mais uma pergunta a seu pai e preceptor: "*– Como está a ética nos dias de hoje se esses problemas com empresas e meio ambiente não existiam no tempo de Kant ou de Aristóteles?*" Intrigado com a perspicácia da garotinha, Quino propõe o seguinte caminho: "*– Vamos enxergar qual o tamanho da hecatombe atual para depois ver o que diz a ética contemporânea?*" "*– Hecatombe? O que é isso?*", diz Mafalda.

3 MAFALDA DESCOBRE O QUE É UMA HECATOMBE

Mafalda aprendeu na escola que nosso mundo teve ao menos cinco ou seis grandes extinções da vida em dimensões planetárias, por razões climáticas, geofísicas ou químicas, a exemplo da extinção do período *Cambriano*, ocorrido por volta de quinhentos milhões de anos antes de nossa era. Porém, dessa vez, Quino explica a Mafalda que a *hecatombe* pode ser um fenômeno causado pelo ser humano e, por isso a questão presente é se podemos impedir a extinção para a qual caminhamos. E se sim, com qual ética?

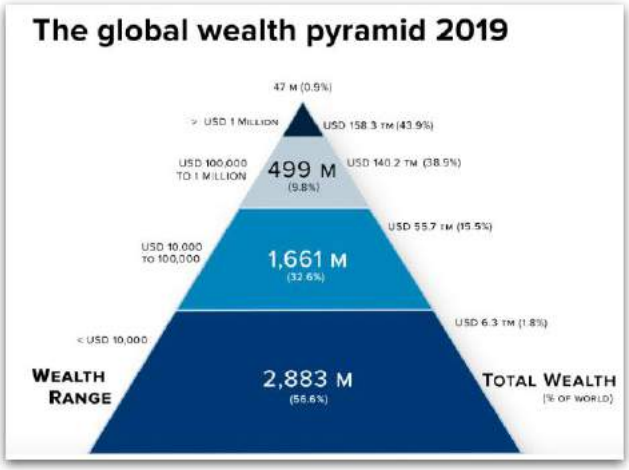
"*– Mas o que é hecatombe?*", insiste a garotinha. Quino responde: "*– É uma palavra derivada do original em grego antigo ἑκατόμβη, ἑκατόν, ekaton, que quer dizer "cem", mais βοῦς, bous, que quer dizer "boi" e por isso se referia ao sacrifício de cem bois às divindades da época. Hoje, compreendemos essa palavra como uma grande catástrofe*."

Por causa de várias crises, nossas próprias liberdades individuais têm sido denunciadas como as causas do falso progresso, da falsa consciência, da falsa relação do homem com a natureza, da falsa atribuição de virtudes à posse de mercadorias. O veneno *Roundup*, da Monsanto é um dos químicos mais *virtuosos* feitos pelo homem, mas só perde em virtudes para o *Agente Laranja,* que matou milhares de pessoas na guerra do Vietnã. Se somos livres e herdeiros iluministas, Mafalda precisa saber o que fizemos em nome das luzes. Então Quino apresenta duas ameaças inéditas à racionalidade moderna que se revelaram com força cada vez mais inegável no último século e podem confirmar essa hecatombe:



Figura 3: Pneus no fundo do mar. Fonte (EL PAÍS. Apud. GÓMEZ, 2014)

A Hecatombe ambiental: A maneira atual de nosso metabolismo vital e social é insustentável e caminha para uma nova extinção da vida no planeta: aquecimento global (provavelmente causado pelo homem); dizimação das espécies e dos ecossistemas que garantem a reprodução agrícola e o início da cadeia alimentar vital do planeta; desertificação de grandes áreas devido ao extrativismo descontrolado, uso desregrado da água pela indústria e agropecuária; poluição irreversível do ar e das águas, tornando a água doce indisponível para regiões



habitáveis etc.

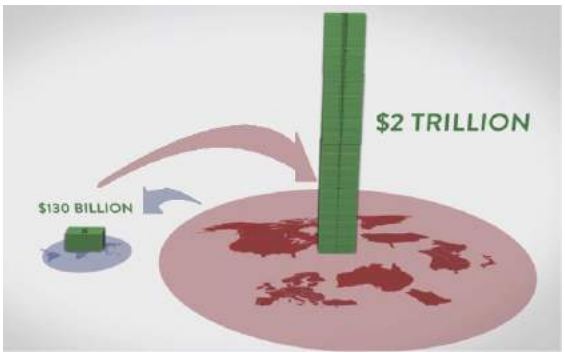
Figura 4: Pirâmide da riqueza mundial. Fonte (JOHNSON, 2019)

A Hecatombe social: Nosso modo de reprodução social da vida gerou, no último século, desigualdades sociais descomunais, com concentração de riquezas sem precedentes e a disparada favelização mundial. No quadro ao lado, nota-se que o topo da pirâmide da riqueza mundial é ocupado por 0,9% da população adulta mundial, que detém 43,9% de toda a riqueza do planeta. Ou seja, cerca de quarenta e sete milhões de indivíduos possuem US$ 150 trilhões. Se somarmos o segundo nível da pirâmide, veremos que os 10% mais ricos do planeta concentram 83% da riqueza mundial (quinhentos e cinquenta milhões de adultos detêm US$ 300 trilhões). Na base da pirâmide, temos 50% da população adulta, que deve sobreviver com 2% da riqueza do mundo**,** cerca de três bilhões de pessoas adultas dividindo US$ 6,3 trilhões**,** segundo dados de 2019 (CREDIT SUISSE, 2019).

A hecatombe social não se reduz a pessoas e empresas, pois também ocorre nas relações entre os países ricos e pobres, segundo estudos baseados em dados da OCDE[64] e outras instituições respeitáveis, os países desenvolvidos enviam como "auxílio" aos países em desenvolvimento um valor estimado em US$ 130 bilhões todos os anos. Porém ao contrário, na via de retorno há uma descapitalização anual dos países em desenvolvimento, com perdas estimadas em US$ 900 bilhões em (i) *tributos não pagos* por planejamento tributário (*trade mispricing*), mais US$ 600 bilhões de (ii) *juros de dívidas* e ainda mais US$ 500 bilhões de (iii) *prejuízos comerciais* devido a restrições de comércio, subsídios internos e barreiras alfandegárias impostos pelos países desenvolvidos. No total, estima-se em US$ 2 trilhões o montante que os países em desenvolvimento enviam todo ano em contraprestação aos US$ 130 bilhões de ajuda econômica enviados pelos países desenvolvidos. Ainda que esses números econômicos sejam discutíveis por várias

[64]OCDE: Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, organismo internacional que associa 34 países.

razões, geram dúvidas sobre se os países pobres estão em desenvolvimento ou se serão subdesenvolvidos para sempre no atual modo de vida.



A figura 5 representa, no bloco grande à direita, os países desenvolvidos e, no bloco menor à esquerda, os países em desenvolvimento, mostrando as remessas anuais de riquezas entre os blocos. (THE RULES, 2013).

Mafalda percebe então o risco de hecatombes socioeconômica e ambiental aniquilar toda ética, liberdade ou direito individual da face da terra. Mafaldinha olha nos olhos de seu pai com ternura e pede respostas. Ela já entendeu que os valores da humanidade estão cada vez mais sujeitos ao dinheiro, ao útil para a felicidade descartável e, pior, insustentável.



Figura 6: Mafalda. fonte (CATRACALIVRE, 2013; KRUETZMANN, 2018).

Dito isso, Mafalda começou a aprender muitas coisas que apontam para o fracasso das éticas *antigas* e *modernas*, constatado por fatos, dados e números que revelam uma crise inédita que está instalada no modo como nos relacionamos com o planeta.

4 MAFALDA DESCOBRE A ÉTICA CONTEMPORÂNEA E O QUE É SER CRÍTICA

Quino dá notícias a Mafalda de que os debates na filosofia ocidental que formam a *ética contemporânea* são frutos das crises anteriores, crises econômicas e sociais do século dezenove, das revoluções industriais e das crises, guerras, imperialismos e outras irracionalidades que se acumularam no século vinte até chegarmos ao momento em que a reflexão ética se depara com o risco de hecatombe atual.

A portentosa ética moderna iluminista, segundo seus críticos, não passou no teste de *Adolf Eichmann* e foi vítima das dificuldades da linguagem anunciadas somente no século XX. Se judeus não fossem pessoas, Eichmann poderia universalizar a máxima de que devia eliminá-los, segundo uma ética racional kantiana. Esse foi o impasse que a interpretação da linguagem revelou nesse triste

episódio[65]. Por isso se afirma hoje que especialmente os *modernos* exigiam a competência teórica racional para uma ética definitiva, porém não imaginavam que pudesse ser a própria razão iluminista a responsável pelos maiores terrores de toda história humana.

Na ética antiga, pensava-se numa *polis* de 2300 anos atrás e Aristóteles nem sonhava refletir sobre a vida virtuosa na *megaló-polis* da atualidade. Se o filósofo das "finalidades mais nobres" vivesse hoje, teria mais dificuldade em tratar da sua *ética das virtudes* nos conflitos complexos entre os táxis e o Uber; entre os automóveis e as ciclovias; entre o *Brexit* e os compromissos historicamente firmados pela Inglaterra com a União Europeia; entre o Greenpeace e as corporações que utilizam o óleo de palma. Sua ética antiga não foi concebida para além de seu momento histórico.

O mesmo poderia dizer sobre filósofos modernos além de Immanuel Kant (séc.XVIII), a exemplo de John Locke (sec.XVII), Jeremy Bentham (séc. XIX), Stuart Mill (séc.XIX), já que eles também nem sonhavam ver o império industrial de Detroit (EUA), sede de *Ford, G.M. e Chrysler*, se tornar uma cidade quase-fantasma devido à crise gerada pela perda de mercados para a indústria automobilística da Ásia e a gradual corrida por redução de custos dos processos de transferência do parque industrial (*outsourcing)* para países onde a mão-de-obra é mais barata ou quase de graça devido às diferenças monetárias. Sem condição alguma de ação racional seja para "calcular a felicidade do maior número" (BENTHAM), seja para "distribuir riquezas com liberdade" (LOCKE; MILL), os habitantes da endividada Detroit (em vinte bilhões de dólares) declararam concordata em 2013, quando suas favelas já haviam se tornado uma dura realidade. [66]

Devido a essa complexidade da realidade, a ética contemporânea também é muito mais complexa, porque a humanidade nunca antes enfrentou problemas globais, com tanta informação disponível e debate compartilhado como nos últimos cem anos. Muitas concepções atuais revivem éticas representadas pelos gêneros modernos do *liberalismo* (LOCKE; KANT) e do *utilitarismo* (BENTHAN; MILL), ou reelaboram a ética das *virtudes* (ARISTÓTELES) além de outras tendências clássicas do epicurismo ou estoicismo. Porém, Quino não pode senão apresentar alguns exemplos de éticas contemporâneas para dar uma resposta boa a Mafalda e então relata que a ética passou a enfrentar as várias crises, de modo *crítico*. A menina olha para Quino com ar de interrogação. " – *Crise de modo crítico? Como assim?*"

Quino rememora que a palavra "crítica" vem do grego antigo *crisis* (*κρίσις*), que tinha significados diversos na antiguidade, como "distinção, julgamento, avaliação, escolha". Porém seu uso mais interessante veio da medicina no seguinte sentido: quando o desenvolvimento da doença levava o paciente a um *ponto crítico*, ou ele morria ou começava a melhorar. Era exatamente o ponto crítico que iluminava a consciência do médico com clareza sobre a doença e a cura. Então Quino sugere a Mafalda que talvez as crises da sociedade moderna tenham sido também motivos para renovações no campo da teoria social e consequentemente para o surgimento

[65]Adolf Eichmann, alto funcionário do III Reich alemão, responsável pela "logística" de concentração e extinção em massa de judeus na 2ª G.M., localizado como clandestino na Argentina, foi julgado em 1961 em Israel por crimes de guerra. Notória é a repercussão de seus depoimentos no caso, especialmente após o impacto da obra *Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal*, da filósofa Hannah Arendt, que cobriu o julgamento como "repórter" para um jornal dos EUA. (ARENDT, 1999).

[66]A população de Detroit caiu de 2 milhões (1960) para 700 mil (estimativa atual). A população abaixo da linha de pobreza atingiu o maior nível dos EUA, cerca de 40%, tendo surgido bairros fantasmas, favelas e índices de homicídios que coloca a cidade entre as 30 mais violentas do mundo. (PONTUAL, 2013).

de uma ética mais clara e consciente: " – *No ponto crítico da doença, na crise, é que podem surgir soluções de cura, Mafalda. Não foi isso o que você pediu ao farmacêutico?".*



Figura 7: Mafalda. fonte (QUINO, 2009).

Mafalda parece ainda preocupada. *"– Então existem saídas para essas crises da ética, do mundo?".* Quino responde: *"*– Siga comigo em busca de algumas respostas"

Quino lembra que após as muitas *crises* que as éticas modernas e antigas sofreram, a revalorização do *indivíduo* e da *existência*, a exemplo do filósofo dinamarquês Soren Kierkegaard (séc. XIX) e depois do francês Jean-Paul Sartre (séc.XX). Ambos são posicionados entre os fundadores de uma ética *existencialista*, que nega a força dos valores absolutos e virtudes presentes nas tradições anteriores da ética moderna. Com Sartre, a liberdade não aparece como uma idealização da *razão liberal moderna*, algo necessário para um fim universal ou pela força da lógica. Sim, somos livres por uma evidência da nossa existência concreta e a ética tem por missão tratar da relação entre a nossa liberdade individual e a liberdade dos outros, nunca por força racional universal (SARTRE, 1978).

Essa visão *existencial* tinha por base a crise dos valores bastante discutida também pelo pensador alemão Friedrich Nietzsche (1844-1900), que denunciou as propostas do racionalismo ético moderno como manifestação teológica preconceituosa. Sob a aparência de neutralidade, a modernidade justificava valores pré-existentes de forma irracional e oculta: "com vossos valores e palavras de bem e mal exerceis violência, ó valoradores", dizia Nietzsche; Nenhuma razão absoluta foi capaz de definir qualquer valor para sempre. Para Nietzsche, o que rege a consciência do indivíduo, o conhecimento científico e o progresso da história, não podendo ser a racionalidade, só poderia ser a *vontade individual de poder*, que cria nova moral a cada instante. "E quem tem de ser um criador no bem e no mal: em verdade tem de ser primeiramente um destruidor e despedaçar valores." (NIETZSCHE, 2011, p.111).

Para Mafalda tomar mais consciência do que veio antes das ameaças de hecatombe, Quino prefere falar do problema identificado pelo pensador austríaco Sigmund Freud (1856-1939), fundador da *psicanálise*, ciência que revelava com assombro como a força do indivíduo racional consciente e livre era, na verdade, uma ilusão, apenas uma parte do verdadeiro *self.* A fração mais perturbadora de nossa individualidade Freud chamou de *inconsciente,* com suas ocultas forças irracionais capazes de reduzir a pó o sonho iluminista de maioridade intelectual, autonomia e clareza.

> Se o ato propriamente moral é aquele no qual o indivíduo age consciente e livremente, os atos praticados por uma motivação inconsciente devem ser excluídos do campo moral. A ética não pode

> ignorar esta motivação e, por isso, deve mostrar que é imoral julgar como moral o ato que obedece a forças inconscientes irresistíveis. De outro lado, a psicanálise ajuda-a a colocar no seu verdadeiro lugar. (VÁZQUEZ, 1987, p.256)

Quino conclui a exposição "crítica" com o filósofo alemão Theodor Adorno (1903-1969), que tratava a sociedade contemporânea como "desumana" e a história das moralidades, como repressão defendida por sistemas brutais, mediante falsa consciência, segundo um movimento destrutivo que paradoxalmente foi chamado de "iluminismo". Nesse sistema dominado pela mercadoria do capitalismo industrial, não há virtude possível, não há vida boa, não há felicidade, ou qualquer saída segundo uma razão universal que sonhasse garantir a autenticidade de uma ética individual.

> A descoberta da autenticidade qual último baluarte da ética individualista é um reflexo da produção industrial em massa. […]. O engano da autenticidade tem a sua origem na ofuscação burguesa causada pelo processo de troca. O autêntico, a que se reduzem as mercadorias e outros meios de troca, adquire o valor do ouro. Mas como o ouro, a autenticidade abstraída do seu padrão converte-se em feitiço. […] Os apóstolos da autenticidade do poder, que impele à circulação, bailam, nos funerais desta, a dança do véu do dinheiro. (ADORNO, 1951, p. 148)

O que a realidade histórica mostra, segundo Adorno, é que o discurso da razão moderna era vazio e gerou a negação de si própria, o que permitiu ao filósofo identificar uma "dialética negativa", ou seja, uma razão que desmascara as totalidades ilusórias da filosofia moderna e denuncia seus efeitos nefastos.

Nessas alturas, Mafalda parece desanimada: *"– Será que não vai sobrar pedra sobre pedra de toda ética para o universo, onde é que eu vou apoiar a minha moral?"*



Figura 8: Mafalda, fonte (ASSIS, 2020).

Quino tenta animá-la. A visão mais pessimista de Adorno não significa que não haja respostas mais singulares, ou não universais, com Kierkegaard, Sartre, Freud ou mesmo Nietzsche. Além disso, muitas outras propostas críticas e reconstrutivas da ética surgiram nos últimos cinquenta anos. Então ele lembra uma fala do professor brasileiro Manfredo Oliveira de que a arte das ciências sociais, entre elas a ética e a filosofia, envolve uma procura constante por respostas.

Segundo Oliveira, as éticas contemporâneas, mesmo distintas, parecem admitir um acordo implícito:

> [...] todas rejeitam qualquer visão do homem como portadora de uma essência que define seu verdadeiro fim, ou seja, todas rejeitam uma visão teleológica da natureza humana. Isto significou a liberação dos agentes morais de todo tipo de hierarquia e teleologia, mas igualmente transformou as regras morais em meros instrumentos de desejos e vontades arbitrárias. O fracasso de projeto iluminista abriu o espaço para a crítica de toda a moralidade anterior por Nietzsche e seus sucessores existencialistas e emotivistas que configuram a cultura contemporânea. Todo esse processo conduz a cultura moderna a uma escolha decisiva: "sustentar o projeto nietzscheano de uma crítica radical da moralidade ou retomar a perspectiva da ética aristotélica das virtudes como forma de devolver coerência e racionalidade ao desacordo moral que reina na cultura moderna" (OLIVEIRA, 2008. p. 17)

Quino então retoma o curso da prosa com Mafalda, indicando que essas ideias de Kierkegaard, Sartre, Nietzsche, Freud, Adorno datam da primeira parte do século passado e podem explicar o surgimento do que ficou conhecido como *discurso pós-moderno*, porque é aquele discurso filosófico e ético que contesta de saída a universalidade e procura fundamentos de *emancipação humana* nas *particularidades* plurais:

> O pluralismo essencial emerge […] como condição ineliminável de uma humanidade livre. Por esta razão, a ética hoje só pode ser uma ética fragmentada em diferentes éticas. Não existe mais "a Ética", mas as éticas, necessariamente contingentes, limitadas, diferenciadas e sem pretensões à universalidade. O caminho da emancipação humana passa pela reconquista da particularidade (OLIVEIRA, 1995. p.167).

Quino quer que Mafalda compreenda que, entre as visões mais recentes da ética, ainda estão presentes tendências utilitaristas, como a da brasileira Maria Cecília Maringoni de Carvalho (DE CARVALHO, 2007); kantianas, como a do estadunidense John Rawls (RAWLS, 2003) ou a do alemão Jürgen Habermas (HABERMAS, 2004) ou liberais, como a do libertário estadunidense Robert Nozick (NOZICK, 1974). E também traços das éticas antigas estão presentes, a exemplo da ética das virtudes aristotélicas defendida pela britânica Gertrude Elizabeth Anscombe (ANSCOMBE, 1958).

E uma forma interessante e atual de organizar essas éticas em polêmica constante é relembrar que as tendências contemporâneas baseadas em Bentham, Kant, Mill etc. ainda contêm a já citada noção de *universal comum,* enquanto as tendências inspiradas pelos clássicos, ou especificamente por Aristóteles, procuram lidar com os relativismos sem deixar de fazer propostas, por exemplo, a partir da revalorização de prudência prática, como é o caso do filósofo alemão Hans-Georg Gadamer (GADAMER, 1991), ou pelo destaque à noção de *comum local*, como é defendido pelo filósofo escocês Alasdair MacIntyre (MACINTYRE, 2001) e pelo filósofo canadense Charles M. Taylor (TAYLOR, 2011).

Então Quino retoma: *"– Bem, vê como é possível organizar as respostas atuais da ética contemporânea de outras maneiras? Já que se diz que as éticas modernas fracassaram no projeto de emancipação humana, palavra que quer dizer ser livre, responsável, maior de idade etc. será que há nas éticas de hoje em dia alguma concepção que mostre outras opções?"*

Uma opção, diz Quino, é "*assumir uma visão desde a emancipação considerando essas ideias de virtudes aristotélicas atualizadas, ou o fundamento na comunidade ética para depois avaliarmos se esse pensamento é bom para nós na nossa Latino América?"*

"– Por que *Latino América*?", diz a garotinha. *"– Porque, não sei se reparou, Mafaldinha, mas a grossa maioria dos autores da ética comentados aqui é de países europeus, ocidentais ou dos E.U.A. e isso carrega um sinal implícito, denunciado por muitos, inclusive por europeus, como 'violência simbólica', que é uma espécie de força ou submissão pela adesão a ideias (Pierre Bourdieu) ou 'pensamento colonial', conforme sustenta o professor português Boaventura de Sousa Santos, para quem há entre centro e periferia das relações econômicas atuais 'um abismo'."*

Quino explica então que, em geral, essa cisão "abissal" se revela como uma herança da colonização moderna, que aliás foi formalmente interrompida somente no século vinte. Para confrontar essa herança, o sociólogo português identifica reações que ele chama de "cosmopolitismo subalterno", que apesar de "submetido/submisso/subalterno" às violências de toda ordem, é uma fonte de "lutas descoloniais" que podem dar voz às éticas esquecidas, não ouvidas, minoritárias e perseguidas:

> Apesar de seu caráter por ora claramente embrionário, o cosmopolitismo subalterno contém uma promessa real. De fato, para captá-lo é necessário realizar aquilo que chamo de "sociologia das emergências", a qual consiste numa amplificação simbólica de sinais, pistas e tendências latentes que, embora dispersas, embrionárias e fragmentadas, apontam para novas constelações de sentido referentes tanto à compreensão como à transformação do mundo. O cosmopolitismo subalterno se manifesta mediante os diversos movimentos e organizações que configuram a globalização contra-hegemônica, lutando contra a exclusão social, econômica, política e cultural gerada pela mais recente encarnação do capitalismo global, conhecida como "globalização neoliberal". Tendo em mente que a exclusão social sempre é produto de relações de poder desiguais, essas iniciativas são animadas por um *ethos* redistributivo no sentido mais amplo da expressão — compreendendo a redistribuição de recursos materiais, sociais, políticos, culturais e simbólicos —, e como tal baseado simultaneamente nos princípios da igualdade e do reconhecimento da diferença. Desde o início deste século, o Fórum Social Mundial tem sido a expressão mais cabal da globalização contra-hegemônica e do cosmopolitismo subalterno. Entre as entidades que dele participam, os movimentos indígenas são, do meu ponto de vista, aqueles cujas concepções e práticas representam a mais convincente emergência do pensamento pós-abissal, o que é muito auspicioso para a possibilidade de um tal pensamento, já que os povos indígenas são os habitantes paradigmáticos do outro lado da linha, o campo histórico do paradigma "apropriação/violência". (SANTOS, 2007; SANTOS & MENESES, 2009).

"– Entende, Mafalda? Veja que, se essa posição intelectual tem algum sentido há ainda muito por fazer, temos de pensar a ética com um desafio a mais na tensão histórica entre norte-sul, no sentido de avaliar até mesmo o efeito prejudicial das ideias éticas de uma cultura dominante por séculos e valorizar muito mais éticas originárias dos povos dominados, explorados e colonizados por séculos, a exemplo do argumento do filósofo de Benin, Paulin Houtondji, para quem é preciso localizar os discursos sobre a África pela voz dos próprios africanos, com problemas originais africanos, escritos nas línguas nativas e publicados no continente."

Quino esclarece que, nesse caso, a *ética contemporânea* reconhece o importante diálogo com a tradição eurocêntrica e colonial, mas o filósofo africano Houtondji reclama que os centros de excelência acadêmicos do continente ainda querem muito discutir ideias globais iluministas, em língua estrangeira, publicadas em revistas de fora (HOUNTONDJI, 2008).

Soma-se ainda a denúncia feita pelo pensador indiano Shiv Visvanathan sobre o choque de culturas ocidente-oriente e sobre a imposição violenta de uma cultura sobre a outra. Para ele, o *museu* é um espetáculo para o mundo ocidental, todavia é uma justificação da *pirataria* sob os olhos do oriental, ou do homem grego que só pode ver o *Parthenon* no Museu de Londres. O museu é um dos sinais da crise dos encontros de civilizações e culturas mediante "metáforas evolutivas (...) que não apenas criaram uma hierarquia de culturas, como sancionaram a violência, enquanto lógica tática legítima, contra os que foram rotulados de 'primitivos', 'elementares', 'tradicionais' ou 'atrasados'" (VISVANATHAN, 2009, p.489).

A essa altura, Mafalda começa a entender que o produto desse choque violento entre culturas, civilizações e hemisférios gerou crises e fez surgir novas potencialidades éticas, baseadas em tradições *comunitárias* e permitindo rediscutir naturezas políticas e até *virtudes* em vários outros lugares, sem necessidade de falar em *universal*, que por si é uma imposição da cultura eurocêntrica. Por exemplo, a descoberta, pelo ocidente, de tradições medicinais e religiosas da Índia deu sustentação a uma parte de movimentos de libertação feministas. (VISVANATHAN, 2009, p.492).

Bem, para marcar posição ética e fortalecer a posição da menina Mafalda, Quino escolhe duas éticas vivas e atuais para estimular as possíveis respostas que ela procura. A primeira, apesar de originada nos EUA, centro econômico do eixo-Norte, é de uma professora mulher, Martha Nussbaum, que não só estudou a ética aristotélica das virtudes como procurou contextualizar suas aplicações em práxis reais fora do eixo dominante, na Índia, em contraste com a tradição liberal e igualitária dos Estados Unidos. A segunda, pela voz de um homem, porém conterrâneo da menina e original do eixo dominado-Sul, Enrique Dussel, um dos maiores defensores da *Filosofia da Libertação* e do pensamento latino-americano, um professor com uma longa vida de reflexões sobre a ética das *comunidades* locais e importantíssimas contribuições filosóficas e antropológicas muito diferentes da tradição "eurocêntrica".

5 A RESPOSTA DE MARTHA NUSSBAUM

Martha Nussbaum (n.1947) é estadunidense, formada em literatura e teatro clássicos na Universidade de N.Y., tendo cursado mestrado e doutorado em filosofia na Universidade de Harvard. Atualmente é professora na Universidade de Chicago.

Os debates que Martha enfrenta partem da disputa entre defensores da liberdade individual e da liberdade de mercado sem qualquer limitação do Estado e, do lado oposto, defensores de políticas públicas com tributação, leis antitruste e intervenção no mercado, as quais limitam liberdades, porém procuram tornar a vida das pessoas uma realidade mais plena de direitos básicos. Quem já conhece esses debates dos últimos trinta anos nos Estados Unidos identificará a tensão entre Robert Nozick e John Rawls. O primeiro propõe um Estado que não "assalte" a propriedade privada para distribuir riquezas a quem não teve *méritos* segundo as regras do livre mercado. Já Rawls faz a pressuposição racional de um acordo entre todos os cidadãos para corrigir desigualdades de *oportunidades* e de *distribuição* de riquezas, ou seja, propõe um Estado de Bem-Estar Social como solução racional porque garante a dignidade e o respeito às pessoas.

Martha Nussbaum entra esse debate tomando posição inicial por Rawls. Sua argumentação é complexa o suficiente para dificultar rótulos, mas é certo que ela se apoia claramente em Rawls e no economista indiano Amartya Sen. Premiado com o "Nobel de economia" em 1998 por suas pesquisas sobre a efetividade do Estado de Bem-Estar Social segundo a "abordagem das capacidades" (*capabilities approach)*, Amartya Sen pretendeu acrescentar elementos mais concretos na análise econômica e social do desenvolvimento humano. Em breve síntese: se os Estados e organismos internacionais do século XX tomavam consciência de desigualdades sociais num país ou entre países, isso ocorria com base em dados sobre renda, PIB e riqueza material para guiar decisões interventivas. Essas análises podiam descrever um crescimento econômico num país ou numa região, mas fracassavam em captar o real desenvolvimento humano gerado pelo enriquecimento.

Por isso, Sen propôs distinções interessantes: é preciso ver a efetividade do desenvolvimento humano de um indivíduo mais além de sua renda auferida, ou seja, ver as *funções* de suas *capacidades* singulares para tomar boas decisões para se desenvolver, trabalhar, ter saúde, comer, viver e ser feliz. Essa contribuição é relativamente simples, mas foi tão impactante que acabou adotada pela ONU para a formulação do *Índice de Desenvolvimento Humano – IDH*, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). A própria explicação do que a ONU considera realização dos direitos fundamentais à igualdade e liberdade, nesse sentido, hoje utiliza os mesmos termos da *abordagem das capacidades* de Sen:

> O conceito de desenvolvimento humano nasceu definido como um processo de ampliação das escolhas das pessoas para que elas tenham capacidades e oportunidades para serem aquilo que desejam ser. Diferentemente da perspectiva do crescimento econômico, que vê o bem-estar de uma sociedade apenas pelos recursos ou pela renda que ela pode gerar, a abordagem de desenvolvimento humano procura olhar diretamente para as pessoas, suas oportunidades e capacidades. A renda é importante, mas como um dos meios do desenvolvimento e não como seu fim. É uma mudança de perspectiva: com o desenvolvimento humano, o foco é transferido do crescimento econômico, ou da renda, para o ser humano. (...) Esse conceito é a base do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e do Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH), publicados anualmente pelo PNUD (ONU, 2020).

Além disso, Martha havia escrito um livro sobre Aristóteles intitulado *A fragilidade da bondade: fortuna e ética na tragédia e na filosofia grega* (de 1986)*,* que a pôs em contato aprofundado com a ética das *virtudes*. No mesmo ano da publicação desse livro, passou a trabalhar com Amartya Sen no *WIDER (World Institute for Development Economics Research, ligado à ONU)*, que mantinha projetos de desenvolvimento humano na Índia. Suas intuições sobre o desenvolvimento da felicidade segundo Aristóteles faziam sentido na sociedade de bem-estar estadunidense, mas sofreram um choque de realidade nas várias ocasiões em que esteve na Índia: uma sociedade com muita pobreza, influenciada pelo misticismo, segmentada em castas, com a mulher submetida a uma "posição natural de segunda classe". No convívio com Sen, Martha esforçou-se para compreender como era possível o desenvolvimento de indivíduos que não tinham a menor condição existencial de criar qualquer *hábito das virtudes*, em situação de extrema pobreza. O caso peculiar da igualdade para a mulher despertou grande energia na filósofa, que se tornou referência na literatura do feminismo liberal.

Em um de seus livros mais conhecidos, *Creating Capabilities: The Human Development Approach* (de 2011), Martha propõe que a *abordagem das capacidades* seja a teoria contra-hegemônica que moverá as ações políticas na direção correta, mostrando-nos uma diferente imagem de quais deveriam ser nossas prioridades numa era de problemas urgentes e desigualdades injustificáveis (NUSSBAUM, 2011). Para contextualizar essa proposta das *capacidades*, destacamos seu relato do caso da indiana Vasanti.

> Considere Vasanti, uma pequena mulher de 30 anos que vive em Ahmedabad, uma grande cidade no estado de Gujarat, no noroeste da Índia. O marido de Vasanti era jogador e alcoólatra. Ele usava o dinheiro da casa para ficar bêbado. Quando o dinheiro se foi, ele fez uma vasectomia para obter o incentivo em dinheiro que o governo de Gujarat oferecia para estimular a esterilização. Então Vasanti não tinha filhos para ajudá-la, uma responsabilidade enorme, uma vez que uma mulher sem filhos é mais vulnerável à violência doméstica. Como o marido se tornou mais agressivo, ela o deixou e voltou para sua família. Pais pobres (ou irmãos, se os pais morreram) são muitas vezes relutantes em levar de volta uma criança que tenha se casado, especialmente uma menina que levou um dote com ela. Muitas mulheres em posição de Vasanti acabam na rua, sem trabalho alternativo senão a prostituição. Mas por sorte sua família estava disposta a ajudá-la. O pai de Vasanti, que fazia peças de máquinas de costura Singer, tinha morrido, mas seus irmãos estavam executando uma empresa de autopeças, que já foi sua loja. Usando uma de suas máquinas antigas, e vivendo na loja, Vasanti ganhou uma pequena renda [...], seus irmãos lhe deram um empréstimo para obter outra máquina [...]. Ela aceitou o dinheiro, mas ela não gostava de ser dependente de seus irmãos. Vasanti então descobriu a SEWA (Self Employed Women's Association), uma organização pioneira em Ahmedabad que trabalha com mulheres pobres. Fundada pelo ativista Ela Bhatt, internacionalmente aclamado, a SEWA ajudou mais de 50.000 mulheres, com programas que incluem microcrédito, educação, cuidados de saúde e um sindicato.
>
> Com a ajuda do grupo, Vasanti obteve um empréstimo bancário e pagou seus irmãos. (SEWA agora opera um banco em um prédio de escritórios no centro de Ahmedabad. Todos os funcionários do banco são mulheres, muitas delas ex-beneficiárias de programas da SEWA). Até o momento eu conheci Vasanti, vários anos mais tarde, ela havia pago de volta quase todo o empréstimo SEWA. Ela também era elegível para se inscrever em programas educacionais da SEWA, onde ela estava planejando para aprender a ler e escrever. Com a ajuda de seu amigo Kokila, ela estava ativamente envolvida no combate à violência doméstica em sua comunidade. Essa amizade teria sido muito improvável, exceto na SEWA, pois Vasanti, embora pobre, é da casta brâmane alta e Kokila é de uma das castas mais baixas. [...] Primeiro nós provavelmente percebemos o quão pequena é Vasanti, e nós inicialmente poderíamos tomar isso como evidência de má nutrição na infância. As famílias pobres são muitas vezes forçadas a alimentar mal todos os seus filhos, mas nós gostaríamos de perguntar sobre como seus irmãos se saíram. Evidências abundam de que as meninas são menos bem nutridas do que os meninos e menos frequentemente levadas ao médico quando estão doentes na infância. Assim, a deficiência nutricional de Vasanti é resultado não apenas da pobreza, mas também da discriminação de gênero.[...] Infelizmente, as abordagens teóricas dominantes na economia do desenvolvimento, as abordagens utilizadas em todo o mundo, não são aliadas da luta de Vasanti. Elas não "leem" sua situação à maneira como um ativista local ou um observador preocupado leriam. (..) Eles analisam formalmente

> (para um estado ou uma nação) o aumento do PIB per capita. Em outras palavras, Gujarat está seguindo as políticas corretas se e somente se sua economia está crescendo, o que deve ser comparado com outros estados indianos simplesmente olhando para o PIB per capita. O que esse número, embora glorioso, significa para Vasanti? Não atinge sua vida e não resolve seus problemas. Em algum lugar de Gujarat a riqueza aumentou em virtude do investimento estrangeiro, mas ela não a recebeu. Para ela, ouvir que o PIB per capita aumentou é como saber que em algum lugar em Gujarat há uma bela pintura, só que ela não pode vê-la (NUSSBAUM, 2011, p.12 e ss).

Em complemento às capacidades de Vasanti, Martha Nussbaum quer detalhar o mais possível o que ela entende por *capacidades básicas* que permitem tornar um ser humano apto a *tomar as decisões realmente livres*. E faz isso também ampliando fundamentos filosóficos para articular as ideias mais humanistas do pensamento antigo com o pensamento moderno. Daí que Adam Smith, Stuart Mill e Immanuel Kant integrem também suas *raízes liberais* mais influentes, além da ética das *virtudes* de Aristóteles, que é por ela suavizada quando afirma que não pretende defender uma "natureza inata" ou uma finalidade (*telos*) especificamente humanas. Inclusive porque as derivações das capacidades servem também para o florescimento dos animais, ou seja, as condições dignas e ambientais para a preservação e o cuidado com os bichos, que dificilmente podem ter virtudes aristotélicas. Ainda assim, para uma teoria liberal que deseje afirmar direitos fundamentais e efetivamente promovê-los pela ação pública, é difícil evitar contornos básicos do que seja uma "vida decente" ou "dignidade", isto é, definir algo próximo de uma "natureza humana". Seja como for, é notória a influência de Aristóteles em sua ética: o florescimento humano depende das condições pessoais e sociais para a realização das virtudes:

> Quais são as capacidades? Elas são as respostas para a pergunta: "O que essa pessoa é capaz de fazer e de ser?" Em outras palavras, eles são o que Sen chama de "liberdades substanciais", um conjunto de oportunidades para escolher e agir (geralmente interrelacionadas). [...] Em outras palavras, elas não são apenas as habilidades que residem dentro de uma pessoa, mas também as liberdades e oportunidades criadas por uma combinação de habilidades pessoais e do ambiente político, social e econômico. Para fazer com que a complexidade das capacidades fique clara, eu me refiro a essas "liberdades substanciais" como capacidades combinadas. As capacidades combinadas de Vasanti são a soma das oportunidades que ela tem para a escolha e a ação em sua específica situação política, social, e econômica (NUSSBAUM, 2011, p.37).

E para cumprir sua proposta, Martha já vinha afirmando em livros anteriores uma lista mínima de capacidades que toda organização social estatal ou não governamental deve assegurar:

1) Vida, 2) saúde, 3) integridade corporal, 4) desenvolvimento da sensibilidade, da imaginação e do pensamento, 5) emoções, apego afetivo às pessoas e coisas, 6) pensamento crítico para desenvolvimento de uma "razão prática", 7) filiação institucional ou ideológica livre sem discriminações de raça, sexo, orientação sexual, etnia, religião ou nacionalidade 8) sensibilidade para o convívio com animais, 9) recreação, alegria e esporte ("*to play*"), 10) participação política livre e em condições de igualdade para a propriedade (da terra e seus bens), o trabalho humanizado, sempre de forma significativa numa relação de mútuo reconhecimento. (NUSSBAUM, 2007).

Mafalda parece um pouco mais esperançosa. Uma menina como ela dando essas aulas sobre capacidades nos Estados Unidos não é pouca coisa. E mais, ela pode dizer algo sobre as capacidades das crianças e jovens argentinos também. Até que pode ser que, apesar das más notícias, seja possível uma nova ética para embelezar o planeta.



Figura 9: Mafalda. Fonte (CLUBE DA MAFALDA, 2013)

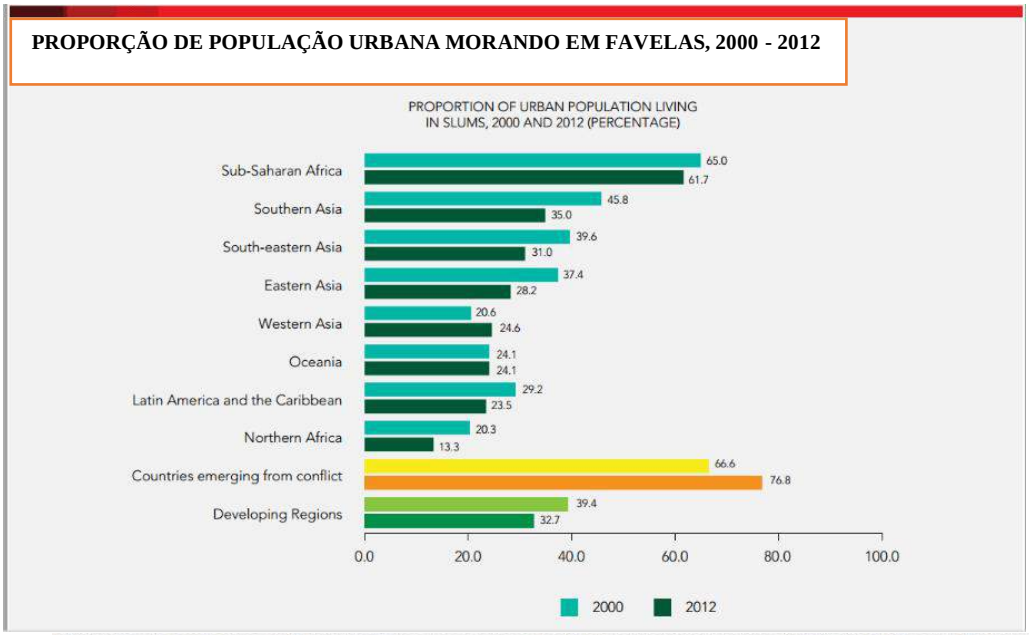
6 E O QUE MARTHA NUSSBAUM VAI RESPONDER A MAFALDA: HÁ REMÉDIO PARA A FALTA DE CARÁTER?

Quino retoma o fio da meada com Mafalda e diz que o fato de Martha ter saído da redoma ocidental e acadêmica para trabalhar na Índia, se defrontar com uma outra realidade é o que merece destaque para uma nova proposta ética. *"– Vamos discutir ética e caráter, Mafaldinha? Então vamos ver como é a Índia, ainda mais para você ver como vivem as meninas por lá.*" Não precisamos limitar a discussões à Índia, mas essa peculiaridade existencial e singular da filósofa Martha já admite de saída um conflito entre culturas e realidades de países ricos e pobres e, claro, isso a fez sofrer acusações importantes, como a de *relativismo* atribuído à ética das virtudes e suas tendências históricas e *comunitárias*. Mas, na medida em que Martha pretende defender um critério universal para desenvolver as capacidades, as virtudes e o pleno florescimento humano, ela também sofreu a acusação oposta, de despotismo racional pela *imposição de uma cultura* "verdadeira" a povos com tradições mais antigas, como é o caso de Vasanti.

Mesmo assim, a tese de Martha afirma que há saídas e que o começo é perceber que a linguagem da economia professada por institutos de enorme impacto global como *FMI* e *Banco Mundial* ainda insistem em ignorar o *IDH* e a *abordagem das capacidades*, como se viu no próprio relato da vida da indiana Vasanti. Por quê? Se Amartya Sen ganhou um prêmio Nobel por defender que não é assim que se devem perceber as pessoas por trás dos dados econômicos e se a ONU criou, a partir disso, novos instrumentos de percepção das realidades socioeconômicas para a tomada de ações concretas, o que ainda está falhando? Segundo um relatório de 2003 da UN-HABITAT, os moradores de favelas constituíam "espantosos 78,2% da população urbana dos países menos desenvolvidos e o total de um terço da população urbana global"? (DAVIS, 2004, p.8).

Com a resposta de Martha, Quino quer estimular Mafalda a acreditar ainda num esforço "racional" e "moderno" feito por tantos homens e mulheres dignos e interessados em mudar a situação, por meio de ações locais ou mundiais, seja trabalhando em institutos poderosos como a ONU, a OCDE, o Banco Mundial, seja no exército de ONGs pequenas. Talvez dar pequenos passos para o *mínimo de capacidades* seja um começo. O mesmo relatório UN-Habitat de dez anos depois mostrou um razoável avanço mundial na evolução das favelas comparado com os dados de 2003. (UN-HABITAT, 2013)

PROPORÇÃO DE POPULAÇÃO URBANA MORANDO EM FAVELAS, 2000 - 2012



Note: *Countries emerging from conflicts included in the aggregate figures are; Angola, Cambodia, Central Africa Republic, Chad, Democratic Republic of the Congo, Guinea-Bissau, Iraq, Lao People's Democratic Republic, Lebanon, Mozambique, Sierra Leone, Somalia and Sudan*

Source: *Source: UN-Habitat, 2013. Global Urban Indicators Database 2013*

Essa redução de favelas pode até dar esperanças a simpatizantes das teses de Kant e Rawls no esforço liberal e internacional organizado desde o "eixo dominante" do modo capitalista em que vivemos (DAVIS, 2015). Porém esses dados crus são exatamente o que Martha desejaria evitar, ou seja, a simples redução do número de favelas no planeta pode não significar nada em termos de efetiva transformação das *capacidades*. Em conclusão, Martha não chega a propor uma radicalização ética de *libertação* a partir dos valores *comunitários*. Afinal, a sociedade de castas indiana é um exemplo que reflete exatamente uma dessas éticas comunitárias. Porém, a busca de respostas por meio da construção conjunta entre culturas, visões de mundo, hemisférios ou qualquer que seja o ponto de vista comunitário admite respostas práticas que fazem sentido à professora Martha, em Chicago, e também fazem sentido a Vasanti, em Ahmedabad.

7. A ÉTICA DA LIBERTAÇÃO DE ENRIQUE DUSSEL

Enrique Dussel (n. 1934) é argentino e conterrâneo de Mafalda, portanto é justo que venha por último nessa conversa ética com ela. Em 1957, Dussel se licenciou em filosofia na província de Mendoza. Aos vinte e cinco anos, obteve um doutorado em filosofia em Madri e outro doutorado em história em Paris, aos trinta e três anos. Tornou-se professor na universidade argentina onde se formara, porém por causa da ditadura argentina, Dussel exilou-se no México em 1975, onde seguiu carreira de professor. Ainda nos tempos de Argentina, publicou seus primeiros livros, com destaque para *Para una ética de la liberación latino-americana,* de 1973, que marcaria todas as suas obras futuras, reunidas em torno do conceito de *Ética da Libertação.*

Como as palavras sugerem, o ponto de partida desse pensamento é uma sensível percepção dos problemas contemporâneos e das incapacidades das teorias éticas disponíveis a partir do olhar dos povos vitimados pela pobreza e pela opressão. A incapacidade da ética moderna se compreende por uma realidade histórica "eurocêntrica", com a suposição herdada dos colonizadores europeus de

que uma ética provinda de suas tradições pudesse se tornar universal. Por isso é notável como as múltiplas experiências regionais, especialmente centro-americanas, sul-americanas, africanas e asiáticas surgem em seus livros como um novo alfabeto.

Para quem está acostumado a ler Platão, Aristóteles, Tomás de Aquino, Descartes, Kant, Bentham, Mill, Locke, Hume, Rousseau, Hegel, Marx, Weber etc., deve soar bastante interessante ouvir dizer do legado ético do mexicano Francisco Clavijero (1731-1787), ou da "crise do Muntu" segundo o filósofo camaronês Eboussi Boulaga[67], e assim Enrique fará ao ver a história da ética em vários sistemas inter-regionais (que incluem também as filosofias muçulmanas, asiáticas e de outras regiões hoje "periféricas"). O objetivo é claro: ouvir a humanidade oprimida a partir das vozes locais, comunitárias, regionais, para *desconstruir* sua exclusão, sua posição periférica e reconstruir sua *libertação*.

O exemplo de Eboussi Boulaga é pertinente para a percepção de filosofias, éticas e "significados de si próprio" enraizadas na comunidade. Sob uma perspectiva de alguns povos *Tswana*, por exemplo, "não é possível existir a não ser em relação com um amplo conjunto de outros e a identidade que decorre disso se encontra indefinidamente em construção através de uma atividade e de práticas" (BOULAGA, 2014). Toda ética baseada no indivíduo, nesse caso, não fará o menor sentido e não dará resposta alguma, no dizer de Boulaga:

> L'individu que je suis est un segment empirique du monde, une forme momentanée de relations, un noeud provisoire d'attributs et de rôles dans un contexte déterminé, un lieu. Le sens de cette actualisation de qualités, de significations et de fonctions dépend de la position que j'occupe dans le système général de relations au sein de la société et des rapports que celle-ci noue avec la nature. (BOULAGA, 1977, p. 232).

Mas não é por razões como essa que Dussel manifestaria qualquer preconceito em relação à filosofia europeia e norte-americana, pois seus livros dissecam passo a passo todas as suas vertentes para somar na formação de uma ética da libertação. A proposta de desconstruir o eurocentrismo carrega uma tendência histórica e antropológica, pois até o século dezoito a Europa é que sempre foi periférica.

Dussel sustenta que, em termos de desenvolvimento cultural, técnico e produtivo, a China e a Índia foram centrais por muitos séculos porque sempre foram vanguarda nas tecnologias, por exemplo, na produção de armas metálicas, na invenção da pólvora, na produção da seda e das especiarias, nas técnicas agrícolas, navais, militares etc. Aliás, a própria filosofia ocidental grega e as religiões judaica e cristã são herdeiras de outros povos. Por exemplo, a balança da deusa grega da justiça, Têmis, foi emprestada do deus egípcio Hórus; a ressurreição e o juízo final dos cristãos foram emprestados dos costumes egípcios e isso não é uma argumentação trivial. Mesmo o mundo árabe tem uma voz ancestral que não pode ser simplesmente colocado em posição periférica sem que isso já demonstre uma visão, mesmo que inconsciente, de uma superioridade europeia:

> A Europa latino-germânica foi sempre periférica (embora ao sul tivesse seu próprio peso devido à presença do antigo Império Romano), mas nunca foi "centro" desta vasta massa continental. O mundo muçulmano (desde Mindanao, nas Filipinas, Malaka, Delhi, o "coração do mundo"

> muçulmano, até o Maghreb com Fez no Marrocos ou a Andaluzia de Averroes, Córdoba) era uma cultura mercantilista muito mais desenvolvida (científica, teórica, econômica e culturalmente) do que a Europa latino-germânica depois da catástrofe das invasões germânicas, e as invasões islâmicas do século VII d.C. Diversamente do que afirma Max Weber, deve ser aceita uma diferença civilizatória até o século XIII (as invasões turcas siberianas destroçaram a grande cultura árabe) entre a futura cultura europeia (ainda não desenvolvida) e a cultura islâmica. (DUSSEL, 2016, p. 58).

8 E O QUE ENRIQUE DUSSEL VAI RESPONDER A MAFALDA?

Como enfrentar essa crise iminente e sem precedentes da atualidade com uma ética que efetivamente altere estruturas tão influentes criadas pela centralidade europeia? Como responder a Mafalda com um critério que oriente o caráter? O que Mafalda parece ter assimilado é que a ética da libertação faz de toda ideia de liberdade importada da Europa um arremedo beirando a estupidez.



Figura 10: Mafalda. Fonte (QUINO, 2010)

A visão contrária às heranças da Europa defende que os problemas atuais criados foram criados nessa tradição e que as soluções das éticas propostas também nessa tradição poderiam desaparecer sem maiores problemas para muitas tradições vitais e antigas que ainda resistem ao rolo compressor da mercadoria global, afinal essas éticas modernas, como as antigas, são tradicionais, locais e históricas como todas as outras.

Ainda que seja *difícil* enxergar, dentro do modelo mundializado em que vivemos, uma proposta afirmativa, otimista, comunitária e defensora das massas vitimadas e excluídas, que apontaria no sentido de evitar a hecatombe econômica, social e ambiental, seria uma resposta de fora do modelo de vida gestado desde dentro do mercantilismo europeu moderno. E a falta de saídas da ética universal moderna “da Europa para o mundo” dá valor a uma ou mais éticas da libertação elevando os rincões mais distantes das atenções à condição de igualdade de valor, autonomia moral, aspirações e voz. A comunidades reais e ancestrais desenvolvem suas próprias propostas de virtude e essa é a única alternativa disponível para se reconstruírem do fracasso ético eurocêntrico, na visão de Dussel.

9 A ÉTICA DA LIBERTAÇÃO EM DIÁLOGO COM A CHAMADA ÉTICA COMUNITÁRIA E COM A ÉTICA DAS VIRTUDES

Quino retoma o caminho de conclusão, explicando que a *ética comunitarista*, sendo uma variante da ética contemporânea, apresenta traços mais complexos e

variados do que as éticas modernas e antigas. Ainda assim, pode-se com algum cuidado afirmar que esse movimento se delineou com mais clareza nos Estados Unidos, em polêmica acadêmica com o igualitarismo de John Rawls e com o libertarismo de Robert Nozick, tendo seu início por volta dos anos 1980. Mais recentemente, tem sido difundida e ampliada pelas obras dos também estadunidenses Michael Walzer e Michael Sandel (ETZIONI, 2013; BELL, 2020).

Sob o ponto de vista da Ética da Libertação, de saída há uma dificuldade no lugar de fala dessa corrente, porque seu centro de difusão não carrega a legitimidade da fala da libertação, por isso muitos entendem o *comunitarismo estadunidense* como uma variante crítica do pensamento liberal típico. (COSTA, 2018)

Ainda assim, vimos que a crítica das cegueiras que o liberalismo moderno causou é associada à noção de *comunidades* em autores como MacIntyre, Taylor, assim como em Martha Nussbaum. Por isso Quino explica a Mafalda que talvez o diálogo entre essas vertentes éticas seja possível com muitos argumentos comuns, ainda que o termo *comunitarismo* seja rejeitado pela maioria dos autores e autoras.

"- *Tudo isso é difícil e é mais difícil porque quem é de um jeito não admite que é desse jeito!*", diz Mafalda. E Quino responde *"– Talvez isso tenha a ver com o fato de você também não ser fácil de definir, mas penso que você se identifique mais com sua comunidade, que gosta dos Beatles, ou de cachorros*."



Figura 11: Mafalda. Fonte (BAÚ DO EDU, 2015).

Isso porque a pauta comum ao que se convencionou chamar *comunitarismo* defende que os conceitos morais estão estreitamente ligados a tradições culturais que definem, histórica e localmente, quais finalidades constituem uma vida boa para a comunidade. Assim, só se pode avaliar uma conduta moralmente boa ou má num contexto social determinado, analisando a participação dos envolvidos *localmente,* na ação moral. Mais vale o *pertencimento* a uma determinada cultura do que a prioridade a direitos fundamentais universais e à autonomia do indivíduo para definir "procedimentos", "testes" ou "cálculos racionais" sobre aquilo que é certo fazer.

Isso não significa negar totalmente os princípios liberais e a liberdade. O liberalismo não é senão mais uma tradição narrativa que permite a interpretação de valores e virtudes historicamente situados nas democracias ocidentais. Assim também são os Beatles. Nas concepções mais recentes da ética das virtudes, todas as concepções anteriormente descritas (Kant, Rawls, Nozick, Bentham, Mill etc.) são criticadas por serem expressões de uma tendência individualista moral, sem atenção às variáveis históricas e comunitárias, porque partem de concepções fixas da moralidade e não atentam às raízes coletivas da comunidade.

Por exemplo, as éticas comunitaristas criticam a neutralidade abstrata, que não encontra suporte na realidade histórica e comum. Elas confrontam John Rawls quando ele critica a pseudoneutralidade do regime libertário e propõe uma igualdade mais material por meio de um princípio universal eterno, para todos os povos em

todas as épocas. Baseado num "teste" do "indivíduo racional" numa "posição original contratualista", Rawls defende ainda uma igualdade abstrata típica da ética moderna.

"– Mas então a ética de Aristóteles se salvaria, ao menos?", indaga a menina.

"– Sim, apenas é preciso ficar claro que são interpretações da ética das virtudes, atualizadas", responde Quino.

E Quino conclui que o preço a pagar é que um ponto de partida comunitarista admite que é melhor abrir mão da neutralidade e da certeza universais para defender os valores e as virtudes efetivamente compartilhadas numa determinada comunidade. A ética das virtudes supõe desigualdade de oportunidades? A comunidade pode limitar as liberdades individuais conforme os talentos definidos por uma natureza diferente, por exemplo, entre homens e mulheres? A resposta é sim porque isso depende dos vínculos tradicionais e históricos da comunidade. É melhor enfrentar isso e tentar melhorar a situação da indiana Vasanti do que supor abstratamente (irracionalmente) que todas as indianas têm direitos a um igualitarismo que não corresponde à realidade histórica e local.

Essa dose de realismo é a única maneira de respostas potenciais a Vasanti, e também a Mafalda. É no diálogo intercultural que se pode germinar toda emancipação das mulheres, dos índios e outras raças perseguidas, das comunidades ecológicas etc. E é exatamente nesse ponto que as teses comunitárias admitem um certo relativismo no diálogo possível com MacIntyre e Taylor, por exemplo, de ligar verdade, virtude, *telos* e história.

Dussel admite que não há ética universal pronta, acabada, mas nem por isso ele nega a possibilidade de evolução de todas as comunidades na medida em que troquem experiências, levando a uma possível ética universal futura e ao mesmo tempo com a força comunitária como a da guatemalteca Rigoberta Menchú:

> No caso de Rigoberta Menchú, o diálogo mais fértil é realizado pelos críticos de cada comunidade com outras comunidades, e das comunidades indígenas com os críticos do mundo mestiço e latino-americano hegemônico. Rigoberta transforma-se em uma interlocutora de muitas vozes, muitas reivindicações: das feministas, dos ecologistas, dos movimentos antirracistas etc.(Dussel, 2016, p.68).

Os pressupostos teóricos do argentino Enrique Dussel não são mero jogos de palavras. Em sua caminhada de filósofo antropólogo, ele colheu inúmeras experiências de leituras e ações de *comunidades* locais ao redor do mundo para somá-las em torno da ideia de ética da libertação. São várias libertações que não poderiam ser, todavia, somas desconexas e pulverizadas de reações vitais, irracionais, porque cada comunidade, cultura e história carrega a pretensão legítima de se tornar parte de um universal. Isso quer dizer que estruturas como a da empresa transnacional não são substituídas simplesmente por uma ética oriunda de uma concepção centro-periferia, aliás, se há problemas éticos em suas práticas foram gerados por essa mesma ética.

Por isso Enrique Dussel critica todo viés que, como o de Rawls, defende uma multiculturalidade guiada pelo consenso liberal:

> Este tipo de multiculturalismo altruísta está claramente formulado no *overlapping consensus* de John Rawls, que exige a aceitação de certos princípios processuais (que são profundamente culturais e ocidentais) que devem ser aceitos por todos os membros de uma comunidade política, permitindo, ao mesmo tempo, a diversidade cultural valorativa (ou religiosa). Politicamente, isso supõem que aqueles que estabelecem o diálogo aceitem o Estado liberal multicultural, sem

> perceber que a própria estrutura deste Estado multicultural, tal como está institucionalizada no presente, é a expressão da cultura ocidental e restringe a possibilidade de sobrevivência de todas as demais culturas. Sub-repticiamente, impõe-se uma estrutura cultural em nome de elementos puramente formais de convivência (que tem sido uma expressão do desenvolvimento de uma cultura particular). Além disso, não se tem clara consciência de que a estrutura econômica deste processo é o capitalismo transnacional, que funda este tipo de Estado liberal, e que limita nas culturas "incorporadas", graças ao indicado pelo *overlapping consensus* (ação de esvaziamento prévio dos elementos críticos anticapitalistas dessas culturas) diferenças antiocidentais inaceitáveis. Este tipo de diálogo asséptico multicultural (frequentemente também entre as religiões universais), torna-se, em certos casos, uma política cultural agressiva, como Huntington (1996), em seu livro *The clash of civilizations*, advoga diretamente, em defesa da cultura ocidental mediante a utilização de instrumentos militares, especialmente contra os fundamentalistas islâmicos, habitantes de uma região cujo subsolo se caracteriza pelas maiores reservas de petróleo do planeta (e sem se referir à presença do fundamentalismo cristão, especialmente nos Estados Unidos, de igual signo e estrutura). Novamente não se adverte que o "fundamentalismo de mercado", como denomina Georg Soros, institui esse fundamentalismo militar agressivo, das "guerras preventivas", que se disfarça como choques culturais ou expansão de uma cultura política democrática. Tem se passado, portanto, de (a) um pretenso diálogo simétrico do multiculturalismo para (b) a supressão pura e simples de todo diálogo e a imposição, pela força, da tecnologia militar da própria cultura ocidental, ao menos este é o pretexto, já que sugerimos que se trata tão somente do cumprimento dos interesses econômicos pelo petróleo, como demonstrou a Guerra do Iraque. (Dussel, 2016, pp.60-61).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mafalda parece um pouco mais feliz após a longa aula de introdução à ética contemporânea. Afinal, a consciência e a esperança são virtudes defendidas pela ONU com base em problemas da Índia, como lhe ensinou Martha Nussbaum. Acredita que as críticas devastadoras à ética moderna em geral feitas por Nietzsche, Freud e Adorno não podem ser piores do que a hecatombe que ela aprendeu ser muito grave e urgente. Agora a garotinha acredita ser possível evitar a crise final, nossa única chance de realizar a emancipação e também dar valor a nossa situação histórica local, situada nas comunidades legítimas, que dão sentido à nossa libertação, demarcando as raízes teóricas e práticas das crises da civilização atual, que passam a ser pontos de partida desafiadores para novas propostas éticas, como lhe ensina Enrique Dussel.

Ela aprendeu importantes armas do pensamento crítico, como o contraste cultural norte-sul, dominantes-dominados, ou o colonialismo e pós-colonialismo. Pode agora pensar sobre novos critérios do agir ético segundo propostas anti-eurocêntricas, de raiz sul-americana, centro-americana, africana dentre outras raízes regionais que rompem com a tradição moderna nas últimas décadas e constituem importantes lugares de reflexão para a ética contemporânea, em diálogo com as chamadas éticas comunitárias ou com as virtudes nas releituras recentes da ética antiga, especialmente a de Aristóteles.



Figura 12: Mafalda. Fonte (BIBLIOTECAS-AGRUPAMENTO GONÇALO MENDES DA MAIA, 2016).

Por fim, Mafalda visualiza algumas respostas para a falta de caráter e para os males que afetam o planeta. Talvez o Sol que brilha para ela na Argentina um dia brilhe com condições mínimas de dignidade na Índia, no Brasil, no Benin e na República de Camarões, cada qual com sua comunidade autêntica e ética, livre dos perigos e armadilhas em que a ética da modernidade parece ter caído. Mafalda percebe-se ela mesma como parte de uma biosfera viva e de uma comunidade sul-americana, que merece desenvolver as virtudes e viver em um mundo limpo e economicamente equilibrado e que essa é a mais importante missão da ética atual.



Joaquim Salvador Lavado, o Quino, cartunista criador de Mafalda, em Buenos Aires, com a escultura de sua cria, Mafalda, em homenagem recebida em 2009. Quino faleceu em 23 de setembro de 2020.
Figura 13: Quino e Mafalda. Fonte (AFP/ PAGNI, 2009).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor. **Mínima Moralia**: arte e comunicação. Lisboa : Edições 70, 1951.

AFP/ PAGNI, Alejandro. Quino e Mafalda. Foto. 30/8/2009. Publicada em LAVOYER, Lucas. Quino, criador de Mafalda, recebe prêmio na Espanha. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/impresso/2014/05/2604428-quino--criador-de-mafalda--recebe-premio-na-espanha.html Acesso em: 20/11/2020.

ANSCOMBE, G. E. M. Modern Moral Philosophy. Philosophy 33, no. 124 (1958): 1-19 Disponível em: http://www.jstor.org/stable/3749051_Acesso em 3/12/2020.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Editora Companhia das Letras, 1999.

ASSIS, Tatiane. 15 tirinhas para relembrar Mafalda, a mais importante criação de Quino. A arte ao redor. VEJA São Paulo. Abril. 2020. Disponível em: https://vejasp.abril.com.br/blog/arte-ao-redor/15-tirinhas-mafalda-quino/ acesso em 30/10/2020.

BAÚ DO EDU. Mafalda - A Menina Que Adorava Os Beatles. Blog. 2015. Disponível em: https://obaudoedu.blogspot.com/2015/03/mafalda-menina-que-adorava-os-beatles.html?m=1; acesso em: 21/11/2020.

BELATI, Bryan. Mafalda em 10 tirinhas. Hojemais Araçatuba. 2020. Disponível em: https://www.hojemais.com.br/aracatuba/noticia/cultura/mafalda-em-10-tirinhasnbsp Acesso em: 11/10/2020.

BELL, Daniel. Communitarianism. The Stanford Encyclopedia of Philosophy. 2020. Edward N. Zalta (ed.), disponível em: https://plato.stanford.edu/archives/fall2020/entries/communitarianism/. acesso em: 04/11/2020.

BIBI DE BICICLETA. Mafalda. 2014. Disponível em: http://bibidebicicleta.blogspot.com/2014/02/; acesso em: 11/11/2020.

BIBLIOTECAS-AGRUPAMENTO GONÇALO MENDES DA MAIA. Dias de Sol. 2016. Disponível em: http://bibliotecas-aemaia.blogspot.com/2016/06/ acesso em: 02/12/2020.

BOOKHAVEN. Nietsche, F. Imagem de domínio público. Morgan Meis's "The Drunken Silenus" and the way the mind works – and sometimes doesn't. Blog. 2020. Disponível em: http://bookhaven.stanford.edu/2020/07/20/ acesso em: 12/11/2020.

BOULAGA, F. E., La Crise du Muntu. Authenticité africaine et philosophie. Paris: Présence Africaine, 1977.

BOULAGA, Fabien Eboussi. **Muntu in crisis: African authenticity and philosophy**. Africa World Press, 2014.

CAPRA, Fritjof; EICHEMBERG, Newton Roberval. A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 2006.

CATRACALIVRE. Entre no universo de Mafalda. 2013. Disponível em: https://catracalivre.com.br/criatividade/clube-da-mafalda/; acesso em: 05/09/2020.

CICERO, L.A. em: GOLDMAN, Corrie. Not for profit: Why democracy needs the humanities. 2012. Disponível em: https://news.stanford.edu/news/2012/february/nussbaum-democracy-humanities-020912.html acesso em: 08/10/2016.

CLUBE DA MAFALDA. Tirinha 698. 2013. Disponível em: http://clubedamafalda.blogspot.com/2013/10/tirinha-698.html; acesso em: 11/08/2020

CREDIT SUISSE. Global Wealth Report 2019: Global wealth rises by 2.6% driven by US & China, despite trade tensions. 2019. Disponível em: https://www.credit-suisse.com/about-us-news/en/articles/media-releases/global-wealth-report-2019—global-wealth-rises-by-2-6--driven-by-201910.html; Acesso em: 02/12/2020.

DAVIS, Mike. Planeta de Favelas: a involução urbana e o proletariado informal. *New Left Review* (número 26, de março/abril de 2004, p.8) disponível em: http://newleftreview.org/article/download_pdf?language=pt&id=2496

DAVIS, Mike. **Planeta favela**. São Paulo : Boitempo Editorial, 2015.

DE CARVALHO, Maria Cecília Maringoni. (Org.) O utilitarismo em foco. Florianópolis : UFSC, 2007.

DUSSEL, Enrique. Transmodernidade e interculturalidade: interpretação a partir da filosofia da libertação. **Sociedade e Estado**, v. 31, n. 1, 2016. p. 58. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222018000100108&script=sci_arttext&tlng=pt, acesso em 04/10/2020.

EL PAÍS. *Apud.* GÓMEZ, Roberto. Una nueva esperanza. Blog. 2014. Disponível em: https://robertolicambientales.wordpress.com/tag/residuos/; acesso em: 10/10/2020.

ETZIONI, Amitai. Communitarianism. Encyclopædia Britannica. 2013. disponível em: https://www.britannica.com/topic/communitarianism, acesso em: 04/11/2020.

GADAMER, Hans-Georg. Sobre la posibilidad de una ética filosófica. Philosophica Malacitana, v. 5, p. 173-187, 1991.

GREENPEACE. O óleo de palma no seu dia a dia. 2014. Disponível em: https://www.greenpeace.org/brasil/blog/o-oleo-de-palma-no-seu-dia-a-dia/; acesso em: 01/12/2020.

HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Martins Fontes, 2004.

HOUNTONDJI, Paulin J. Conhecimento de África, conhecimento de Africanos: Duas perspectivas sobre os Estudos Africanos. Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 80, p. 149-160, 2008. Disponível em: https://journals.openedition.org/rccs/699 Acesso em: 02/12/2020.

JESUITAS. Enrique Dussel: ”América Latina empezó una nueva historia, que yo creo irreversible”. 2015. Disponível em: https://jesuitas.lat/noticias/854-llenos-de-admiracion-decian-todo-lo-hace-bien-marcos-7-31-37. Acesso em: 02/12/2020.

JOHNSON, Jake. Global millionaires now own nearly half of world's $361 trillion in wealth, study shows. Salon. 2019. Disponível em: https://www.salon.com/2019/10/23/global-millionaires-now-own-nearly-half-of-worlds-361-trillion-in-wealth-study-shows/. Acesso em: 02/12/2020.

KRUETZMANN, Juliana Lopes. Filosofia: uma ferramenta para superar os ditames da sociedade. UFSM. 2018. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/14201/TCCE_EFEM_EaD_2018_LOPES_JULIANA.pdf?sequence=1&isAllowed=y acesso em 18/10/2020

MACINTYRE, Alasdair C. **Depois da virtude**: um estudo em teoria moral. Edusc, 2001.

MATURANA, Humberto R.; GARCIA, Francisco J. Varela. **De máquinas e seres vivos**: autopoiese; a organização do vivo. Artes médicas, 1997.

NIETZSCHE . F. **Assim falou Zaratustra**: um livro para todos e para ninguém. Trad. e notas: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

NOZICK, Robert. **Anarchy, state, and utopia**. New York: Basic Books, 1974.

NUSSBAUM, M. C. **Frontiers of justice**: disability, nationality e species membership. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

NUSSBAUM, Martha. **Creating Capabilities**: The Human Development Approach. Harvard University Press: 2011. Ebook.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e práxis histórica**. São Paulo : Ática. 1995.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Os desafios da ética contemporânea**. Kairós - Revista Acadêmica da Prainha Ano V/1, Jan/Jun 2008.

ONU. Desenvolvimento Humano e IDH. Disponível em: https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/conceitos/introducao.html; Acesso em: 10/11/2020.

PONTUAL, Jorge. Detroit, nos EUA, anuncia falência e faz pedido oficial de concordata. 2013.Disponível em: http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2013/07/detroit-nos-eua-anuncia-falencia-e-faz-pedido-oficial-de-concordata.html Acesso em : 01/12/2020.

QUINO. **Toda Mafalda**: da primeira à última tira. SP. Martins Fontes. 2 ed. 2010.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo : Martins Fontes, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. Novos estud. - CEBRAP, São Paulo , n. 79, p. 71-94, Nov. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000300004&lng=en&nrm=iso. Acesso em 03/12/2020. https://doi.org/10.1590/S0101-33002007000300004

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. Epistemologias do sul. Coimbra: Edições Almedina, Capítulo 15, 2009,. 637p. Disponível em: http://professor.ufop.br/sites/default/files/tatiana/files/epistemologias_do_sul_boaventura.pdf Acesso em: 21/11/2020.

SARTRE, Jean-Paul. O Existencialismo é um Humanismo (Col. Os Pensadores). Trad. de Rita Correia Guedes, v. 3, 1978.

TAGESGESCHÄFT, Jakob. Theodor Adorno. Disponível em: https://wiki.ubc.ca/File:Theodor_Adorno.jpg; acesso em: 12/11/2020.

TAYLOR, Charles. **A ética da autenticidade**. São Paulo: É Realizações, 2011.

THE RULES: Global Wealth Inequality - What you never knew you never knew. 2013. vídeo. Disponível em: https://youtu.be/uWSxzjyMNpU. Printscreen. Acesso em: 01/12/2020

UN-HABITAT - UNITED NATIONS HUMAN SETTLEMENTS PROGRAMME. Streets as Public Spaces and Drivers of Urban Prosperity. 2013. Disponível em: http://mirror.unhabitat.org/pmss/getElectronicVersion.aspx?nr=3513&alt=1. Acesso em: 01/12/2020

VÁZQUEZ, Adolfo Sanches. **Ética**. Rio de Janeiro : Civ. Brasileira. 1987.

VISVANATHAN, Shiv. Encontros culturais e o Oriente: um estudo das políticas de conhecimento. *In:* Epistemologias do Sul. Coimbra: Edições Almedina, Capítulo 15, 2009, p. 489. Disponível em: http://professor.ufop.br/sites/default/files/tatiana/files/epistemologias_do_sul_boaventura.pdf Acesso em: 21/11/2020.

VITORINO, Lenilde Soares Leite et al. A contribuição das tiras de Mafalda na formação leitora, crítico-reflexiva na sala de aula. PUCRS. 2017. Disponível em: https://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/sial/2011/src/2.pdf acesso em 18/10/2020.

WINGERT, Vitória Duarte; MARTINS, Jander Fernandes. Do Universo dos Quadrinhos a Sala de Aula: Mafalda À Aula de História. Revista Gestão Universitária. 2017. Disponível em: http://www.gestaouniversitaria.com.br/artigos/do-universo-dos-quadrinhos-a-sala-de-aula-mafalda-a-aula-de-historia Acesso em: 01/12/2020.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROTEÇÃO DE SOFTWARES À LUZ DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

SOME CONSIDERATIONS ABOUT THE PROTECTION OF SOFTWARE IN THE LIGHT OF INTELLECTUAL PROPERTY

Rogerio Borba
Thaís Gomes da Silva

INTRODUÇÃO

O tema que versa este presente trabalho é a proteção dos direitos sobre os *softwares* diante da propriedade intelectual e até onde se estendem seus direitos em favorecimento de seu desenvolvedor. Tal tema se mostra presente visto a atual disputa da indústria por tentar descaracterizar os direitos autorais que existem sobre o *software* para, assim, enquadrá-lo nos direitos de propriedade industrial visto que o objeto de tal disputa possui uma estrutura dúplice de criação intelectual e, ao mesmo tempo, de comercialização em massa de produto/serviço, surgindo um crescente interesse sobre seus direitos de exploração.

O objetivo deste artigo científico é realizar um detalhamento sobre todas as faces do direito de propriedade intelectual, sendo estes o direito autoral e o direito de propriedade industrial, assim como analisar a fundo a real essência do *software*. Assim, objetiva-se com o presente estudo realizar um detalhamento sobre todas as faces do direito de propriedade intelectual, sendo estes o direito autoral e o direito de propriedade industrial, assim como analisar a fundo a real essência do software. O artigo se insere nos ramos da Ciência Jurídica, na área do Direito Digital e da Propriedade Intelectual, sendo analisada em uma perspectiva holística. O presente trabalho utilizará o método teórico, o qual consiste em reconstruir teorias, conceitos, ideias, ideologias, polêmicas, tendo em vista, em termos imediatos aprimorar fundamentos teóricos.

1. CONCEITO DE SOFTWARE

Com o desenvolvimento da tecnologia e sua rápida propagação, a população pode ter acesso à dispositivos eletrônicos aos quais se fez necessário o uso de programas para sua plena capacidade de funcionamento. Tais dispositivos ampliaram um leque de opções de funcionalidades para se automatizar a vida cotidiana de seus usuários (PINHEIRO, 2013). Todavia, tais funcionalidades, assim como o funcionamento do dispositivo em si, necessitam de programas de computador para realizar a devida execução. Tais programas são chamados de *softwares*.

Do princípio, não se existia a necessidade de proteção ao *software* visto que ele era apenas mais um componente diretamente inserido nas máquinas, junto de seus *hardwares*[68], não havendo possibilidade de separação pelo fato de os computadores da época funcionarem pelo sistema de válvulas e, por esta razão, ocuparem imensos espaços, sendo assim um produto de difícil comercialização visto seu custo e espaço necessário para alocação. Com o passar dos anos e a evolução tecnológica, apareceu a necessidade de diminuí- los, tentando facilitar sua disponibilidade ao público, assim como realizar uma integração entre as peças de seu sistema. (PINHEIRO, 2013)

[68] Hardware: substantivo masculino. Conjunto de equipamentos físicos que compõe um computador (dispositivos eletrônicos, monitor, placas, teclados etc.), juntamente com seus equipamentos periféricos (impressora, scanner etc.).

Tal fato começou a ocorrer em 1947 com a invenção do *transistor* [69], substituindo as válvulas. Após alguns poucos anos, em 1958, foi inventado o circuito integrado que, como indica seu nome, possibilitou a real inte gração do sistema, ampliando as funções de um computador e a possibilidade de máquinas acessíveis ao público visto a drástica diminuição de seu tamanho. Estes circuitos integrados determinaram a liberdade do *software* de não estar mais atrelado ao *hardware* das máquinas. Com a possibilidade de sua comercialização independente, por volta de 1970, viu-se a necessidade de uma legislação que defendesse seus direitos. (PINHEIRO, 2013)

Para se entender a definição de *software* faz-se necessária a leitura do artigo 1º da Lei 9.609/98 (lei de programa de computador) que define *software* como um bem abstrato, sendo uma exteriorização intelectual de linguagens e comandos para o funcionamento de máquinas e afins usando tecnologia. Este, funciona através de um agrupamento de algoritmos (código) que são usados como linguagem de programação de computação para definir o comando a ser executado. Assim, o *software* é a parte lógica do dispositivo que passa as informações de forma que possam ser lidas, entendidas e executadas, estando em suporte físico de qualquer tipo.

No ordenamento jurídico brasileiro os *softwares* possuem duas leis vigentes que traçam suas diretrizes e também sua proteção, sendo estas a lei 9.609/98 (lei de programa de computador) que legisla especificamente sobre tais programas de computador, e a lei 9.610/98 (lei de direitos autorais) que legisla subsidiariamente ao que couber. Engana-se quem pensa que tal tema é amparado de tutela legal apenas recentemente. O Brasil, desde 1987, através da lei 7.646, já dispunha da proteção dos programas de computador conforme estipulava a lei autoral vigente à época de nº 5.988/73.

Esta última condizia com o estipulado internacionalmente pela Convenção de Berna, do ano de 1886, que redigia sobre a proteção das obras literárias. Todavia, o tema fora pacificado e amplamente protegido apenas à luz do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*), mais conhecido como TRIPS. Este, é um acordo internacional realizado no ano de 1994 do qual também faz parte o Brasil, que o tornou vigente em 1995 com o Decreto nº 1.355, com o objetivo de estabelecer a proteção à propriedade intelectual definindo suas diretrizes para a padronização de legislação entre seus membros signatários conforme inovações tecnológicas, dentre as quais estão as leis anteriormente citadas e vigentes desde o ano de 1998, ainda sem grandes alterações desde seu marco inicial. (PINHEIRO, 2013)

Com esta perspectiva jurídica, faz-se necessário entender que existem diversos tipos de *softwares* e que cada um deles será disponibilizado para seus usuários de diferentes formas, assim como a legislação recairá sobre cada um.

1. *Free software* – Ou *software* livre é aquele em que há livre acesso ao seu código-fonte por parte do usuário para ter acesso às funções do programa, não havendo restrições de uso nem tempo de uso. Ao *software* são permitidas alterações, modificações, cópias, redistribuições além de seu uso e estudo, tendo como única exigência, conforme a *Free Software Foundation* (Fundação do *Software* Livre) a garantia de que, ao ser redistribuído, manterá as liberdades para que seus futuros usuários possam fazer o mesmo.

2. *Closed source* – Ou *software* de código fechado, também chamado comumente de *software* proprietário, é aquele ao qual o usuário se tornará proprietário de tal programa, tendo assim um acordo de licença onde o autorizará ao uso, porém limitado, com restrições em relação a modificações, cópias e redistribuições, podendo sofrer sanções conforme a lei que o protege.

[69] Transistor: substantivo masculino. Amplificador de semicondutores, inventado em 1947, para substituir a válvula eletrônica.

3. *Shareware* – É o *software* disponibilizado por tempo determinado ou com restrições de uso, muito usado para que algumas de suas funcionalidades sejam testadas pelo usuário e, ao final, possa decidir se deseja adquirir o produto ou não.

4. *Adware* – É o *software* comercializado com propagandas inseridas em seu conteúdo como forma de lucro tendo em troca o produto disponibilizado gratuitamente. E o usuário terá a possibilidade de retirada de tais propagandas mediante seu pagamento.

5. *Open source* – Ou *software* de código aberto é, também, o programa sem restrições ao usuário para se ter acesso ao código- fonte, podendo extraí-lo e estudá- lo, mas ficando restrito às condições de uso, modificação, cópia e distribuição conforme estipulado em sua licença. E, ao não respeitar tais estipulações o usuário pode estar sujeito à sanções (COSTA, 2020).

Para o estudo em questão dois dos tipos citados acima serão o foco, sendo estes o *software* livre (*free software*) e o *software* de código fechado (*closed source*), necessitando de uma análise mais profunda de ambos. O *software* livre, ou *free software*, costumeiramente é de domínio público, apesar de existirem exceções, e, como dito anteriormente, tem seu código-fonte publicado para que os usuários possam baixa- lo em seus computadores tendo a liberdade de aplicar ajustes, modificações, cópias entre outras. (COSTA, 2020)

Além da possibilidade de distribuí- lo modificado de acordo com as ressalvas da FSF (*Free Software Foundation*). Todavia, ressalta-se que *software* livre não pode ser confundido com *software* de código aberto (*open source*), visto que o fato de o segundo ter seu código-fonte disponível não significa que será livre quanto a sua modificação e distribuição, podendo haver restrições conforme seu desenvolvedor original estipular. (COSTA, 2020)

O *software* de código fechado, ou *closed source*, por sua vez, não tem seu código-fonte acessível, estando o programa pronto para ser executado conforme estipulou seu autor sem qualquer possibilidade de modificação, cópia ou distribuição, visto que seu desenvolvedor original é o detentor de todos os direitos de uso sobre tal. Destarte, seu uso é de extrema eficiência aos que pretendem proteger suas criações visto que, para acesso a tal código necessitaria de uma engenharia reversa com alto grau de complexidade, tornando praticamente inviável o feito, o que torna tal classificação de *software* a melhor opção para empresas que buscam resguardar novas tecnologias e segredos empresariais visto o maior grau de segurança. (COSTA, 2020)

Todas as subcategorias de *software* se incluirão dentro do *software* livre ou do *software* de código fechado, dependendo das cláusulas estipuladas em suas licenças de uso pelo seu desenvolvedor. (COSTA, 2020) Após esta diferenciação fica claro que todo software que não é classificado como livre (*free software*) ficará sob a égide das legislações vigentes supracitadas assim como de tratados internacionais que versem sobre o assunto.

2. PROPRIEDADE INTELECTUAL E SUAS VERTENTES

Propriedade intelectual é o termo que se dá ao bem derivado da criatividade humana expresso através de qualquer meio ou suporte, sendo material ou imaterial. Se tornou um termo popularmente adotado visto que os Estados perceberam a necessidade de tutelar tais direitos devido à globalização cada vez maior no mundo e a troca de tais materiais que ocorria. Assim, conforme estes se expandiam para diversos países, os criadores de tais bens, proprietários de seus direitos, tanto morais quanto patrimoniais,

ficavam vulneráveis conforme a legislação de cada país, causando grande instabilidade a este tipo de mercado. (PINHEIRO, 2013)

Ao longo dos anos, os países fecharam diversos tratados e convenções sobre o assunto na tentativa de uma unificação legislativa, porém nada que fosse abrangente o suficiente para seus criadores se sentirem seguros ao exportarem suas obras para diferentes nações. Ocorre que, em 14 de julho de 1967, foi criada a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) na conferência de Estocolmo que, após alguns anos, em 1974, se tornaria órgão especializado da ONU sobre o assunto junto à Organização Mundial do Comércio que havia sido criada para substituir o Acordo Geral de Tarifas e Comércio no ano de 1947.

Frente a todas essas inovações legislativas, como citado anteriormente, em 1994 houve o Acordo TRIPS que trouxe êxito à padronização dos princípios regentes dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio internacional. Porém, este não tor nou-se obrigatório aos Estados-Membros, podendo ser adotados os termos que não ferissem seus próprios ordenamentos jurídicos e suas soberanias. Com isto, os direitos de propriedade intelectual se unificaram para proteger direitos exclusivos de seus criadores, assim como sua fruição econômica, sua distribuição, cópias, mudanças não autorizadas, concorrência desleal entre outros.

Ora, com a constante evolução e a crescente facilidade de interação entre os povos, não havia outro caminho a ser seguido além da padronização da proteção de tais direitos pois, impossível seria um detentor de uma propriedade intelectual levar sua criação para fora das fronteiras de seu país e acabar sofrendo perdas econômicas, ficando, também, exposto ao plágio. Com isto, era de suma impo rtância a estabilidade de tais direitos para evitar a criação de barreiras mercantis de isolamento, tendo a população de países que não se adequassem uma imensurável perda cultural, econômica entre muitas outras, tendo um déficit de desenvolvimento em comparação a outros países. (PINHEIRO, 2013)

Sobre o Brasil, houve um anseio muito grande para se adequar às novas diretrizes internacionais o mais rápido possível para se inserir na economia globalizada visto que, não só interessava a importação de muitas obras estrangeiras, mas também a valorização e exportação de obras brasileiras de grande prestígio aclamadas internacionalmente. Dentro da propriedade intelectual estão inseridas duas subcategorias, sendo estas: propriedade industrial e autoral. A propriedade industrial, conforme dita Patrícia Peck Pinheiro (2013), é definida como "[...] aquelas que de alguma forma possam ser submetidas ao processo produtivo, que designam um produto ou serviço, enfim, de cunho exclusivamente industrial e produtivo."

Já o direito autoral está ligado à criação artística, literária ou científica vinda do intelecto humano, imaterial, sendo esta a principal subcategoria da propriedade intelectual que versa o presente artigo científico. Tal objeto é definido pela doutrina como bem móvel, desta forma, entende-se a necessidade de sua proteção, visto que, mesmo não sendo um bem tangível, ainda assim é um bem, tem valor econômico, cabendo ao autor sua captação e usufruto. O objeto de tutela do direito autoral, conforme PINHEIRO (2013):

> [...] não é a criação intelectual do ser humano de forma isolada, mas sim aquela que de alguma forma tenha sido materializada em um suporte e que possa ser objeto de reprodução. Somente assim poderá ser considerada como obra intelectual. A simples ideia ou visualização mental de um trabalho do intelecto humano não pode ser protegido.

Em outras palavras, a ideia não é o foco da proteção, mas sim sua apresentação materializada. Além dos supracitados, o direito autoral também alcança os direitos conexos e os programas de computador, ou *softwares*. Contudo, distingue-se a proteção da obra com a de seu suporte físico. Ora, aquele não sobrevive sem este, e os

direitos de propriedade do usuário final recaem sobre seu suporte, podendo fazer deste o que quiser, usá- lo, doá- lo, vende- lo ou até destruí- lo. Porém, a aquisição de tal suporte físico, mesmo com todos os direitos que o acompanham se distinguem dos direitos sobre a obra que reside nele. Sobre isso, dispõe Fábio Ulhôa Coelho (2019):

> Mesmo quem adquire os manuscritos da obra literária, a partitura em que o compositor escreveu a melodia pela primeira vez ou a escultura nova não se torna dono senão de um suporte físico. Para que ele titule também algum direito patrimonial sobre a obra incorporada no bem corpóreo adquirido, será indispensável que o receba por declaração de vontade do autor, isto é, por um negócio jurídico translativo praticado por este último.

O direito autoral brasileiro também reconhece o autor como sendo o único propr ietário ao direito de modificação de sua obra ou o único a dar anuência para tal, visto que a individualidade que traz a essência da obra se originou de seu criador. Com isso, é importante definir o que é autor. Assim, temos a lei 9.610/98 que, em seu artigo 11 define que autor é todo aquele que cria obra literária, obra artística ou de forma científica, tendo este que ser pessoa física.

Ainda no artigo 11 da referida lei, em seu parágrafo primeiro, é determinado que tal proteção também se estenderá às pessoas jurídicas conforme a lei prever. Logo, entende-se que autor é sempre pessoa física, excluindo-se as pessoas jurídicas e os entes despersonalizados. Esta pessoa física também não necessita obrigatoriamente possuir capacidade conforme o Código Civil brasileiro estipula, visto que menores de idade e interditos podem criar suas obras, gozando de seus direitos autorais através de representantes legais. Após a devida definição de autor, necessário se faz a divisão dos direitos autorais em duas espécies, sendo estas os direitos autorais morais e os direitos autorais patrimoniais.

Como dito anteriormente, por sua forte ligação com a obra e traços de sua individualidade que trazem uma essência única para a criação, o autor, sempre pessoa física, é detentor dos direitos morais, sendo estes indisponíveis. Com isto, o autor, legalmente, sempre terá a paternidade da obra assim como, já citado anteriormente neste presente artigo, a preservação de sua criação, cabendo apenas a ele modificações ou a anuência para tal. Também são detentores dos direitos autorais morais os sucessores do autor, dentro das limitações que a legislação estabelece.

Sendo assim, temos o artigo 24 da lei 9.610/98 que dispõe que o autor terá direitos como reivindicar, em qualquer momento, seu direito autoral sobre suas obras por forma de indicativo de seu nome, alônimo ou outras formas que indiquem sua autoria sobre a obra. Poderá também manter a obra original, sendo contrário a alterações ou qualquer outro motivo que modifique, prejudique ou atinja sua integridade como autor, assim como terá total liberdade de modifica- la seja previa ou posteriormente à sua utilização. Terá o direito de recolher as obras que estiverem em circulação ou de suspender seu uso, mesmo que já anuído, quando estes causaremdano à sua honra.

Será também atribuído ao autor o direito de ter acesso à cópia singular de sua criação, mesmo quando esta se encontrar em poder de terceiro, para a preservação de sua imagem e memória através de processo fotográfico, audiovisual ou similares, causando o mínimo de perturbação possível ao proprietário da cópia, podendo, caso ocorra qualquer prejuízo, ser obrigado a indenizá-lo. Por fim, o referido artigo estabelece que, em caso de falecimento do autor, a intransmissibilidade não produzirá mais efeito, ocorrendo a transferência de tais direitos aos seus sucessores.

Por outro lado, os direitos autorais patrimoniais são de cunho econômico e não necessariamente recaem exclusivamente sobre o autor, nem necessitam essencialmente de que seu detentor seja pessoa física. Ora, ao se criar uma obra, inicialmente, tais direitos patrimoniais recaem automaticamente sobre o autor que

poderá explorar financeiramente a mesma e com total exclusividade nos lucros. Porém, tais direitos são, em contrapartida, alienáveis, podendo ser passada a titularidade para outrem, inclusive pessoa jurídica.

Ponto importante para se ressaltar sobre a transmissão de direitos é o caso em que a obra é feita por encomenda, por empregado celetista, prestador de serviços ou servidor público. No caso em questão a autoria continuará sempre sobre a pessoa física que criou a obra, assim como seus direitos morais, como já dito antes. Caberá à pessoa física ou jurídica que encomendou a obra se resguardar através da inserção de cláusula de cessão no contrato, tanto de trabalho como de prestação de serviço, celebrado com o autor, que transfira a titularidade patrimonial da obra automaticamente, isto porque o fato de se oferecer pecúnia em troca do trabalho criativo não é considerado aquisição da titularidade de direitos. (PINHEIRO, 2013)

Tal imposição se dá pelo fato de que o autor é considerado a parte fraca desta relação assimétrica, cabendo às pessoas jurídicas, os empresários, os recursos necessários para a exploração da obra, além da falta de conhecimento do autor sobre tal atividade. Assim, como forma de proteger o autor, a lei 9.610/98 traz em seu artigo 4º uma interpretação restritiva aos contratos sobre tais negócios jurídicos, ficando estabelecido que o que o autor não transferir expressamente continuará sendo seu.

A lei 9.609/98, também estipula, em seu artigo 4º as diretrizes a serem seguidas em caso de *softwares* feitos por empregados celetistas, prestadores de serviços autônomos ou servidores públicos, todavia, vai em direção contrária aos direitos definidos pelo direito autoral. Tais criações pertencerão sempre ao empregador, contratante ou órgão público quando estas forem desenvolvidas na vigência do contrato ou do vínculo estatutário onde for expresso o labor ou a execução de atividades com tais objetivos e, sua compensação será limitada à remuneração ou salário convencionado, salvo disposição em contrário no contrato.

Sua exceção ocorre apenas nos casos que se enquadrem em seu parágrafo 2º, que estipula que contratados efetivos, prestadores de serviços ou servidores públicos, terão seus direitos garantidos apenas sobre programas de computador criados fora da relação de trabalho e sem o uso de qualquer forma de suporte da empresa ou entidade contratante. Enquadram-se no disposto no referido artigo e seus parágrafos os bolsistas, estagiários e afins.

Outra particularidade presente no direito autoral é que os direitos sobre a obra também poderão ser fragmentados quando o objeto da obra for de criação coletiva. Neste, como explica COELHO (2012), haverá uma "[...] reunião de contribuições individuais patrocinada por um organizador". Tal colaboração também poderá ser divisível ou indivisível, sendo divisível quando for possível distinguir o trabalho individual de cada criador e indivisível quando for impossível identificar a quem pertence a contribuição. Característica importante das obras coletivas é que estas, mesmo sendo divisíveis, se complementam e majoram seu valor na coletividade, tendo, necessariamente, um organizador que delimitará a obra, podendo este também contribuir ou não com a criação.

Ao organizador também recairão os direitos patrimoniais, cabendo a ele também contratar os autores de seu interesse e negociar com cada um a remuneração, prazos, condições de uso da obra entre outros pormenores contratuais, conforme artigo 17 da lei 9.610/98. Aos autores, caberá o direito moral na medida de sua contribuição e, caso não haja cláusula estipulando exclusividade, poderá publicar a mesma criação em outras obras.

Aos autores também caberá o direito de proibir a indicação de seu nome na obra ou o anúncio do mesmo sem que haja prejuízo no recebimento da remuneração acordada devendo proceder, conforme artigo 88, parágrafo único, da lei 9.610/98[14] que estipula a necessidade de notificação prévia ao organizador sobre a decisão de não desejar a divulgação de seu nome ou qualquer similar que indique sua autoria, sendo esta notificação entregue por escrito e até a data máxima da entrega de sua colaboração para a obra. Esta possibilidade se dá pela enorme ligação da imagem e do

intelecto do autor coma obra, o que, algumas vezes, poderá trazer algum impacto negativo, podendo, assim, abrir mão de sua identificação para preservar sua notoriedade.

Ressalta-se que nem toda criação intelectual terá valor de mercado, visto que esta necessita do interesse da outra parte, ou seja, o consumidor final, para ter valor de troca e, assim, ser tutelada pela propriedade intelectual. Também deve-se entender que, às vezes, o quesito troca não fará parte da equação, tendo como exemplo segredos industriais, de grande valor de mercado, onde empresas tentam preservá-los a todo custo, sem interesse algum em sua troca, mas no monopólio daquela criação para exclusiva apresentação do produto final ao mercado consumidor, sendo esta prática costumeiramente utilizada visando seu aumento de valor.

3. CLASSIFICAÇÃO DE SOFTWARE DIANTE DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E SEU DEVIDO REGISTRO

Muito se discutiu sobre a classificação dos *softwares* nos direitos de propriedade intelectual. Tal criação hoje está inserida dentro da proteção dos direitos autorais, apesar de não ser um tema totalmente pacificado, visto que muitos questionam a real natureza intelectual do *software* e acreditam que este seja apenas uma inovação tecnológica onde deveria se inserir na propriedade industrial. No Brasil, assim como em boa parte do mundo, adotou-se o entendimento de que o *software* é oriundo do intelecto humano, sendo bem intangível, registrado em qualquer forma de suporte e tutelado pelo direito autoral, como definido pela lei 9.610/98, em seu artigo 7º, inciso XII.

Assim como sua própria lei específica, a lei 9.609/98, que dispões sobre o assunto em seu artigo 2º, definindo que a proteção do programa de computador é oriunda da propriedade intelectual, sendo a mesma que recai sobre as obras literárias conforme a lei de direitos autorais e outras legislações relacionadas existentes no País. Da mesma forma a própria legislação de propriedade intelectual, lei 9.279/96, em seu artigo 10, inciso V, deixa claro que os *softwares*, ou programas de computador, estão além da sua proteção, visto que os mesmos não são considerados invenções nem modelo de utilidade.

Logo, entende-se que o autor de um *software* possui a proteção da lei do direito autoral. Em tese, este é o entendimento. Todavia, como exposto, os *softwares p*ossuem lei própria, onde a lei do direito autoral será aplicada subsidiariamente nos casos em que a lei própria não tutelar (PINHEIRO, 2013). É de suma importância também ressaltar as diferenças entre ambas legislações, visto que elas divergem em pontos sutis, mas que não podem ser confundidos e serão estudados neste presente trabalho.

Quanto ao registro de *softwares*, assim como no direito autoral para obras literárias, é facultativo, com intuito apenas de facilitar a decisão a ser tomada em uma futura lide sobre sua autoria. Porém, mesmo sob tal égide, os *softwares*, conforme o Decreto nº 2.556/98, devem ter seus registros feitos no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). Tal atitude se deve ao fato de que, ao se registrar no INPI, mesmo sob a tutela dos direitos autorais, o criador do *software* não precisará revelar seu código-fonte integralmente, apenas frações deste, para mera identificação e caracterização de sua originalidade, sendo cobertos de proteção pelo sigilo, conforme artigo 3º, parágrafo 2º da lei 9.609/98, algo que não ocorre junto ao direito autoral que, ao se realizar o registro de uma obra, esta será feita na Biblioteca Nacional e seu conteúdo será divulgado para anotação em seus arquivos. Assim conceitua PINHEIRO (2013):

> Nesses casos, a legislação permite que um determinado software seja patenteado, desde que, porém, não seja peça principal do processo inventivo, ou que o objeto da patente seja tão somente as funcionalidades do software. É preciso que ele seja parte integrante de todo um processo, não podendo ser encaminhado para análise de forma isolada.

Contudo, o *software* será considerado sob a égide do direito autoral apenas quando for peça principal da criação. Quando este for apenas parte de algum determinado produto e que o mesmo seja dependente para seu devido funcionamento, o *software* passará a ser considerado propriedade industrial, cabendo o registro de patente.

4. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS E SUAS SANÇÕES

Como visto anteriormente no capítulo 1 deste presente artigo científico, o início da proteção dos direitos de *software* se iniciaram por volta de 1971 com o acordo TRIPS dispondo o estipulado na Convenção de Berna para a proteção de *softwares*. Ao longo dos anos, a legislação brasileira com a Lei 9.609/98 e a Lei 9.610/98 não divergiram muito do original. Tais diretrizes de proteção do direito autoral trouxeram ao desenvolvedor do *software* a facultatividade de registro para a proteção efetiva da lei, o sigilo quanto seu código- fonte, a restrição ao desenvolvedor de adaptações e modificações de seu *software*, o início do prazo de proteção de *softwares* contando a partir do dia 1º de janeiro do ano subsequente de sua publicação ou, na falta desta, de sua criação, e tendo este prazo extensão de 50 anos para seu usufruto econômico pelo desenvolvedor, seus sucessores ou titular da propriedade antes de se tornar de domínio público.

A exploração econômica do *software*, além do contrato de cessão, já citado anteriormente, onde há a transferência *inter vivos* da titularidade da propriedade, tambémpode ser realizada através do contrato de licença. Este nada mais é do que a permissão de quemdetém a titularidade dos direitos patrimoniais sobre a obra para que terceiros tenham autorização de uso, temporariamente, sem que acarrete na transferência da titularidade de direitos ne m sua propriedade.

Para isto, tal contrato possui duas partes, o licenciado e o licenciante. O licenciante é o detentor da propriedade do *software* e do direito de exploração econômica. O licenciado será o usuário final que contratará o software por tempo determinado na licença. Este último poderá ser pessoa física ou jurídica. Além do prazo de uso, o contrato de licença definirá outras limitações quanto ao uso do *software* como a possibilidade ou não de cópias, distribuição, modificação, território a ser utilizado, quantidade de usuários liberados para seu uso além de outras cláusulas que poderão ser estipuladas entre as partes. (PINHEIRO, 2013)

O contrato de cessão, por sua vez, é aquele em que o desenvolvedor poderá transmitir seus direitos relativos, ou seja, os patrimoniais, mediante remuneração, visto que os direitos indisponíveis, ou seja, os morais, são inalienáveis e intransmissíveis. Tal contrato dará ao seu titular o direito total de explorar economicamente a criaç ão, que, no caso em estudo é o *software*. Este também não possui uma padronização, sendo encontrado em forma de cláusulas de cessão de titularidade, visto que o mesmo pode ser encontrado em um contrato de prestação de serviços, contrato de trabalho, contrato de obrigação de fazer, onde o desenvolvedor se obriga a criar o *software* mediante pagamento, entre outros.

Sobre o prazo de usufruto dos direitos relativos do *software*, como dito, tem o prazo de 50 anos a partir do dia 1º de janeiro do ano seguinte à sua publicação ou, em caso de não publicação, da data de sua criação, como estipula o artigo 2º, parágrafo 2º da Lei 9.609/98. Com a velocidade em que a tecnologia se desenvolve e se inova, tal prazo se torna mais do que suficiente para a exploração econômica da obra até que a mesma se torne obsoleta.

Tal prazo se diferencia do estipulado pela Lei 9.610/98 (lei do direito autoral) que dispõe do prazo de 70 anos para o usufruto dos direitos patrimoniais do autor. Ressalta-se que estes prazos delimitam o uso dos direitos patrimoniais, e, após seu fim, tornam a obra de domínio público. Porém, os direitos morais pertencerão sempre ao autor. Assim, enquanto vigente tal prazo, ao se utilizar da obra, serão devidos ao

autor não só um valor econômico por uso de sua contribuição, como ainda é obrigatória a citação de sua paternidade. Ao fim deste prazo, se tornando domínio público, nenhum valor econômico será devido para uso de tal obra, porém, sua paternidade sempre deverá ser demonstrada.

Outro ponto de suma importância é o artigo 6º da lei 9.609/98, onde dispõe de um rol de atos que não ferem os direitos dos titulares dos *softwares*. Tais atos são a reprodução de cópia legítima desde que destinada para armazenamento de segurança, sua citação parcial para fins didáticos desde que dados os devidos direitos autorais, sua semelhança com outros programas desde que por força de características funcionais fundamentais sendo estas normativas e técnicas e, por último, o uso de tal *software* integrado à outro desde que indispensável ao usuário para o seu devido funcionamento desde que suas características essenciais sejam mantidas e seja de uso exclusivo do autor de tal integração.

As delimitações da proteção dos direitos de *software* tratadas neste presente tópico aplicam-se aos *softwares* proprietários, ou seja, aqueles que, como explicado no capítulo 1, independentemente de serem adquiridos gratuita ou onerosamente, tem em sua licença limitações para seu uso, cópia, modificações, aperfeiçoamento, estudo, redistribuições etc. Agora, resta entender até onde vão tais direitos, e até mesmo se eles alcançam a seara dos *softwares* livres.

Segundo AFONSO (2009), são quatro as diretrizes de liberdade do *software* livre, sendo elas:

1) A liberdade de se executar o programa para qualquer propósito.
2) A liberdade de se estudar como o programa funciona e adaptá-lo para as suas necessidades. Acesso ao código fonte é um requisito para esta liberdade.
3) A liberdade de redistribuir cópias de modo que você possa ajudar seu próximo.
4) A liberdade de aperfeiçoar o programa e liberar os seus aperfeiçoamentos, de modo que toda a comunidade beneficie-se. Acesso ao código fonte é um requisito para esta liberdade.

Assim, entende-se que as limitações das licenças para outros *softwares* quanto suas cópias, modificações, uso e redistribuições não se aplicam neste caso. Não obstante, ainda se discute sobre o assunto, principalmente a paternidade do *software*. Ora, parte da doutrina e dos adeptos ao *software* livre acreditam que seu livre uso, alteração, cópia e redistribuição, assim como, em alguns casos, sua distribuição gratuita, é uma forma de gozo de tais direitos trazidos pela lei 9.609/98. E, assim sendo, apesar de todas as liberdades, em caso de uso indevido que venha a ferir alguma das especificações de sua licença, os adeptos do *software* livre e seus desenvolvedores poderão pleitear judicialmente a retirada da modificação de tal criação do mercado.

Diante todo o exposto, é de se esperar que com a quebra de algum direito delimitado pelo contrato licença e/ou pela legislação haja sanção contra tal indivíduo que realizou este ato, assim como a compensação da parte prejudicada. Tal violação pode acarretar responsabilidade civil e criminal.

A lei 9.609/98, em seu artigo 12, estipula pena de detenção de seis meses a dois anos ou multa para tais violações. Tal pena poderá chegar a reclusão de um a quatro anos, além da multa em caso de qualificadora quando a violação resultar em reprodução para fins de comércio sem a autorização expressa do autor ou de seu representante legal. O próprio Código Penal pátrio, em seu artigo 184, também traz sanções para os casos de violação na seara do direito autoral, onde, como já visto, a proteção dos *softwares* também está inclusa. Neste, as penas podem chegar de detenção de três meses até o máximo de reclusão por quatro anos, em casos onde exista qualificadora, além de multa.

A lei 9.609/98 também prevê sanções civis independentes das ações penais. Assim, conforme dispõe o artigo 14 e seus parágrafos da referida lei, o prejudicado, além

de ter o poder de intentar ação para proibir o infrator de continuar perpetuando tal violação, também poderá combinar com pena pecuniária de perdas e danos decorrentes da infração. Ocorre também, por muitas vezes o *software* ser sigiloso, tal processo poderá prosseguir em segredo de justiça sendo determinado pelo juiz. A parte que provocar o judiciário em defesa de direitos em que sabe que não é detentora também incorrerá em perdas e danos visto estar agindo de má- fé e não possuir legitimidade para tal ação, assim estipulam os artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil Brasileiro.

5. SOFTWARES, CONTRATO DE KNOW-HOW E O SEGREDO INDUSTRIAL

Como dito anteriormente neste artigo, o *software* é protegido pelo direito autoral, tendo inclusive sua própria lei para uso, proteção, entre outros. Foi dito também que, apesar de estar sob a proteção do direito autoral, muito ainda se discute se o *software* não deveria se incluir na categoria de propriedade industrial visto que, inclusive, seu registro é feito pelo INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial). Por último, foi apresentada a exceção à esta regra visto que um *software*, quando não for parte principal de uma criação, poderá ser registrado por patente, junto de todo um conjunto.

Parte da doutrina que entende a proteção do *software* como objeto do direito autoral acredita que, em caso de transformá- lo em patente, este se tornaria menos acessível. Destarte, sob a égide do direito autoral, o *software* em si é protegido, mas não suas funcionalidades, podendo, assim, outros *softwares* se utilizarem das mesmas ideias e funcionalidades, não sendo considerados cópias, mas sim produtos semelhantes com a mesma finalidade. Sob a proteção das patentes a exclusividade seria imposta e isso impediria que outros desenvolvedores utilizassem da mesma ideia para suas criações. (PINHEIRO, 2013)

Assim, grandes empresas com volumosos capitais tomariam conta do mercado, patenteando e praticamente monopolizando essas invenções, causando uma alta nos preços e os tornando menos acessíveis ao público. Também seria uma ação incompatível com o crescente movimento dos softwares livres. Além do iminente retrocesso visto que a proteção pelo direito autoral não congela o mercado, mas o movimenta, trazendo um cenário de inovações e competitividade saudável, o que favorece o público assim como incentiva o estudo e a cultura sobre inovação tecnológica. Com os *softwares* sob a proteção das patentes, o Brasil ficaria estagnado tecnologicamente e dependente de exportação de tais produtos. Segundo PINHEIRO (2013):

> A história demonstra que a falta de visão sobre áreas estratégicas em períodos de revolução do setor produtivo pode ser desastrosa em longo prazo. O Brasil precisa definitivamente deixar de ser dependente da exportação de produtos primários e as patentes de software apenas enfraquecem a nossa capacidade competitiva.

Não se pode negar também a morosidade do registro de patente, enquanto os *softwares* possuem proteção automática do direito autoral sendo o registro facultativo. Até mesmo para grandes empresas a morosidade seria prejudicial, visto que estas já sofrem com tal problema ao patentear suas invenções, desenhos industriais e marcas. Enquanto se discute a patente, as empresas se valem dos segredos industriais e da repressão à concorrência ilegal.

O segredo industrial engloba todo o processo produtivo da criação, assim como o conhecimento necessário para sua realização e, após pronto o produto, também se enquadra neste tema suas estratégias de marketing, práticas empresariais, especificações do produto entre tantos outros procedimentos e técnicas adotados até o

mesmo chegar ao consumidor final. Tudo isso torna aquele produto único, além de ser o objeto de ganho econômico da empresa.

Um mundo onde a tecnologia já está enraizada no cotidiano, estas empresas, sendo uma rara exceção as que fogem deste padrão, possuem todos os seus dados em rede, mesmo que interna, para a melhor comunicação de todos os seus setores. Dentro desta rede também contém as informações de tais inovações criadas por ela. E, assim como a tecnologia traz uma avalanche de coisas boas, também traz algumas más, e estas empresas ficam vulneráveis a invasões de *hackers*[70] ou até mesmo por vazamentos internos de suas informações sigilosas por algum funcionário. Como não há o registro de tais informações sigilosas as empresas costumeiramente contratam empresas especializadas em segurança da informação, assim como especialistas que entendem do mercado e apresentam cálculos de possíveis perdas em caso de violação do segredo industrial. (PINHEIRO, 2013)

Por seu valor de mercado extremamente valioso em muitos casos, tais experiências são cobiçadas por outras empresas. Em alguns casos, a compensação monetária pela transferência da titularidade destas sabedorias é tão vantajosa que algumas empresas preferem ve nder seus conhecimentos do que os aplicar. Ou, também, ocorre de a empresa que detém esse saber não possuir capital suficiente para transformar em produto. Assim, todo esse saber é transferido por meio de contrato chamado de *know-how* (contrato de saber fazer), bem semelhante ao contrato de cessão anteriormente estudado no capítulo 4.

Entende-se então que todo este aglomerado de procedimentos relativos à patente combinados com a rapidez em que a tecnologia se torna obsoleta e perde seu valor de mercado, e, por último, a falta de ampla proteção legislativa por parte da propriedade industrial impossibilitam que o software se encontre sob a tutela legal desta, sendo condizente a escolha de que o mesmo continue na seara autoral.

CONCLUSÃO

Diante do presente estudo podemos concluir que, mesmo a proteção do *software* sendo tão antiga, diante da conjectura atual de globalização e avanço tecnológico, esta ainda se faz necessária para manter a proteção da parte mais frágil da relação, o desenvolvedor. Visto que tal criação é de grande interesse econômico de muitas empresas, não havendo todos os pontos de proteção que o direito autoral rege sobre o *software*, haveria um grande desequilíbrio nas relações derivadas deste diante das atuais regras regentes no direito de propriedade industrial.

Destarte, haveria grande possibilidade da prática de monopólio, o que poderia gerar um grande retrocesso nos estudos do desenvolvimento de tecnologias brasileiras visto que, muitos de seus desenvolvedores não se encontram com o aporte econômico que grandes empresas possuem e que geraria uma imensa desigualdade ao passo de que tais empresas patenteariam seus inventos impossibilitando o seu estudo, ou criações do igual gênero para competir no mercado.

Ademais, a mora durante o processo de registro de patente geraria um incalculável dano, não apenas dano financeiro ao proprietário dos direitos de *software*, mas à população em si, visto o interesse coletivo em muitas destas criações para o avanço tecnológico do país em diversas áreas. Conclui-se então que a proteção dos direitos de *software* sob a égide do direito autoral é mais do que devida, visto que, esta, não apenas favorece ao particular detentor de tais direitos, mas também ao interesse público ao se tornar um motivo facilitador ao seu acesso pela sociedade.

[70] Hackers: substantivo de dois gêneros. Quem invade sistemas computacionais ou computadores para acessar informações confidenciais ou não autorizadas, apontando possíveis falhas nesses sistemas. Fonte: DICIO: dicionário online de português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/hacker/>. Acesso em: 01 de abril de 2019.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Otávio. **Direito autoral: conceitos essenciais**. Barueri, São Paulo: Manole, 2009.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 de outubro de 2020.
BRASIL. **Lei 9.279, de 14 de maio de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 28 de outubro de 2020.

BRASIL. **Lei 9.609, de 19 de fevereiro de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9609.htm>. Acesso em: 28 de outubro de 2020.

BRASIL. **Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9610>. Acesso em: 28 de outubro de 2020.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil: direito das coisas, direito autoral**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

COSTA, Felipe. **Você sabe a diferença entre software livre e código aberto?** Disponível em: <https://novaescola.org.br/conteudo/4593/voce-sabe-a-diferenca-entre-software-livre-e- codigo-aberto> Acesso em: 28 de outubro de 2020.

PINHEIRO, Patrícia Peck (Coord.); ALMEIDA, Diego Perez; DEL MONDE, Isabela Guimarães. **Manual de propriedade intelectual**. São Paulo: UNESP, 2013.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.