

Fenômenos Sociais e Direito 2

RENATA LUCIANE POLSAQUE YOUNG BLOOD
(Organizadora)



 Atena
Editora

Ano 2018

RENATA LUCIANE POLSAQUE YOUNG BLOOD

(Organizadora)

Fenômenos Sociais e Direito 2

Atena Editora
2018

2018 by Atena Editora
Copyright © da Atena Editora
Editora Chefe: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira
Diagramação e Edição de Arte: Geraldo Alves e Natália Sandrini
Revisão: Os autores

Conselho Editorial

Prof. Dr. Alan Mario Zuffo – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Álvaro Augusto de Borba Barreto – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Constantino Ribeiro de Oliveira Junior – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná
Profª Drª Deusilene Souza Vieira Dall'Acqua – Universidade Federal de Rondônia
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Profª Drª Girelene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionale delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Julio Cândido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Prof. Dr. Jorge González Aguilera – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)
F339 Fenômenos sociais e direito 2 [recurso eletrônico] / Organizadora Renata Luciane Poliske Young Blood. – Ponta Grossa (PR): Atena Editora, 2018. – (Fenômenos Sociais e Direito; v. 2)
Formato: PDF Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader Modo de acesso: World Wide Web Inclui bibliografia ISBN 978-85-85107-25-3 DOI 10.22533/at.ed.253180409
1. Cidadania. 2. Direito – Filosofia. 3. Direitos fundamentais. 4. Problemas sociais. I. Série
CDD 323.6
Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422

O conteúdo do livro e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores.

2018

Permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

www.atenaeditora.com.br

E-mail: [contato@atenaeditora.com.br](mailto: contato@atenaeditora.com.br)

APRESENTAÇÃO

As Ciéncias Sociais reúnem campos de conhecimento com foco nos aspectos sociais das diversas realidades humanas. Entre eles pode-se citar o Direito, a Economia, a Administração e o Serviço Social. A partir da abordagem transdisciplinar destes conhecimentos, é possível estimular uma nova compreensão da realidade por meio da articulação de elementos que perpassam entre, além e através de disciplinas, numa busca de compreensão de fenômenos complexos, como as necessidades da sociedade e o viver em sociedade.

A Coletânea Nacional “Ciéncias Sociais e Direito” é um *e-book* composto por 34 artigos científicos que abordam assuntos atuais com a perspectiva transdisciplinar, como: o impacto da tecnologia de informação nas relações sociais, a reconstrução do acesso à justiça, a influéncia das mídias nas relações de poder, novos espaços de efetivação dos direitos humanos, a educação como caminho para uma sociedade mais democrática, entre outros.

Mediante a importância, necessidade de atualização e de acesso a informações de qualidade, os artigos elencados neste *e-book* contribuirão efetivamente para disseminação do conhecimento a respeito das diversas áreas das Ciéncias Sociais e do Direito, proporcionando uma visão ampla sobre estas áreas de conhecimento.

Desejo a todos uma excelente leitura!

Prof. Ms. Renata Luciane Polsaque Young Blood

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	1
A DIMENSÃO ILÍCITA DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO A PARTIR DA TEORIA GARANTISTA FERRAJOLIANA	
<i>Lidiane Mauricio dos Reis</i>	
<i>Silvia Mesquita da Silva</i>	
CAPÍTULO 2	19
A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO SOB A ÓTICA PROCESSUAL BRASILEIRA	
<i>Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff</i>	
<i>Nathália Yasmini Hoffmann da Silva</i>	
CAPÍTULO 3	37
DESCOLONIZAR PARA COOPERAR: RUMO À DISTRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DE JUSTIÇA	
<i>José Edmilson de Souza Lima</i>	
<i>Roberto José Covaia Kosop</i>	
CAPÍTULO 4	54
O IDEÁRIO DE EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA VIA PROCESSO JUDICIAL	
<i>Júlia Francieli Neves Scherbaum,</i>	
<i>Leonel Severo Rocha,</i>	
CAPÍTULO 5	68
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFLITO COM A ESTRUTURA DO ESTADO NA PERSPECTIVA DA SUSTENTABILIDADE SOCIAL	
<i>Isabela Borges Cilião</i>	
<i>Marcus Vinicius Bialta Bueno</i>	
CAPÍTULO 6	83
O IMPACTO DAS FAKE NEWS E O FOMENTO DOS DISCURSOS DE ÓDIO NA SOCIEDADE EM REDE: A CONTRIBUIÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSOLIDAÇÃO DEMOCRÁTICA	
<i>Isadora Forgiarini Balem</i>	
CAPÍTULO 7	96
O PAPEL DA MÍDIA NA DIFUSÃO DOS CONFLITOS CARCERÁRIOS	
<i>Taís do Couto de Oliveira</i>	
<i>Monique Vigil Klüsener</i>	
<i>Valquiria Castro Pereira</i>	
CAPÍTULO 8	106
O TRATAMENTO JURÍDICO DO ACESSO À INFORMAÇÃO AMBIENTAL NO URUGUAI E NO BRASIL: ANÁLISE A PARTIR DAS LEIS DE ACESSO À INFORMAÇÃO	
<i>Rafaela Bolson Dalla Favera</i>	
<i>Olívia Martins de Quadros Olmos</i>	
<i>Rosane Leal da Silva</i>	
CAPÍTULO 9	117
REVISÃO TEÓRICA DOS CONCEITOS: PARTICIPAÇÃO SIGNIFICATIVA, AUTONOMIA AMPLIADA E AUTOCOMUNICAÇÃO DE MASSA	
<i>Aline Amaral Paz</i>	
<i>Sandra Rúbia da Silva</i>	
CAPÍTULO 10	131
A TRANSPARÊNCIA COMO INSTRUMENTO À EFICÁCIA MATERIAL DO DIREITO HUMANO AO	

DESENVOLVIMENTO

Guilherme Aparecido da Rocha

CAPÍTULO 11 145

A ACESSIBILIDADE EM PROVEITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA VISUAL FRENTE À PROATIVIDADE INFORMATACIONAL DO ESTADO: DO STANDARD INTERNACIONAL À NORMATIVIDADE BRASILEIRA E COLOMBIANA

Guilherme Pittaluga Hoffmeister

Leonardo Fontana Trevisan

Natália Flores Dalla Pozza

CAPÍTULO 12 157

O USO DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO NO PROCESSO DE ENSINO E APRENDIZAGEM: A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE FRENTE À CAPTAÇÃO E DIVULGAÇÃO DE IMAGENS DE PACIENTES

Géssica Adriana Ehle

Daniela Richter

CAPÍTULO 13 169

PODER PÚBLICO, TIC E E-GOV: UMA ANÁLISE ACERCA DO USO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Alice Reichembach Gelatti

Rebeca Lírio de Souza

Rosane Leal da Silva

CAPÍTULO 14 181

POR QUE PRECISAMOS FALAR SOBRE O PAPEL DO CONSUMIDOR FINAL NA DESTINAÇÃO DOS PRODUTOS NANOTECNOLÓGICOS?

Raquel Von Hohendorff

Daniele Weber da Silva Leal

Wilson Engelmann

Cristine Pinto Machado

Paulo Júnior Trindade dos Santos

CAPÍTULO 15 197

A GESTÃO ESCOLAR E A PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Ane Patrícia de Mira

Paulo Fossatti

CAPÍTULO 16 210

AÇÕES AFIRMATIVAS DECORRENTES DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Reynaldo Alan Castro Filho,

CAPÍTULO 17 226

DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE TECNOLÓGICA: INFORMAÇÃO, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEGURANÇA HUMANA

Alini Bueno dos Santos Taborda

CAPÍTULO 18 235

Noedi Rodrigues da Silva

SAÚDE E DIREITOS HUMANOS: EM COMUM, A BUSCA PELO BEM-ESTAR DO SER HUMANO

SOBRE A ORGANIZADORA..... 251

A DIMENSÃO ILÍCITA DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO A PARTIR DA TEORIA GARANTISTA FERRAJOLIANA

Lidiane Mauricio dos Reis
Silvia Mesquita da Silva

RESUMO: A Teoria de Luigi Ferrajoli, peculiar à obra *Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal*, procura alinhar os princípios constitucionais na aplicação da pena no processo penal. Nesse sentido, para o exercício do poder punitivo pelo Estado, é imprescindível a aplicação do modelo garantista. Em consonância com o conceito de garantismo trazido pelo autor, destaca-se a ideia principal da teoria, fazer com que as normas fundamentais sejam aplicadas sob as normas ordinárias. Para o processo Penal, a reconstrução da verdade é a mais importante matéria a ser tratada na aplicação da sentença, pois, não deverá contentar o juiz com poucas verdades. De acordo com artigo 5º, LVI da Constituição Federal, são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, entendendo-se como prova ilícita aquela que de alguma maneira infringe as normas constitucionais. Portanto, a investigação buscará examinar e demonstrar, partindo da reflexão teórica de Luigi Ferrajoli, que admitida a relação entre o estado de direito e as dimensões do garantismo não é possível compreender a estrutura estática da jurisdição criminal, bem como, sua atuação, sem as premissas teóricas propostas pelo autor as quais buscam

anticipar a desigualdade existente entre a justiça penal, a acusação, a aplicação legítima da pena, entre outros elementos dinâmicos da persecução criminal. Para tanto, analisaremos os argumentos contrários à inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, bem como, a partir da teoria garantista ferrajoliana, a teoria dos *fruits of the poisonous tree*, incorporada no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 11.690/2008.

PALAVRAS-CHAVE: teoria do garantismo penal; prova ilícita; Estado democrático de direito.

1 I INTRODUÇÃO

No presente estudo será abordado “*A dimensão ilícita da prova no Processo Penal Brasileiro a partir da teoria garantista ferrajoliana*”. Para trabalhar o tema proposto, será utilizado como essência à obra *Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal* do jus filósofo Luigi Ferrajoli.

O conceito de prova segundo a doutrina “é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal” (GRECO, 2004, p. 532). Desta forma, pode-se compreender a importância da prova no Processo Penal, visto que, a partir da sua exteriorização o legislador, na lide, poderá

obter conhecimento da ilicitude e na tipificação do fato delituoso ou na exclusão de culpabilidade ou de antijuridicidade.

Sendo assim, a prova é um instituto de maior relevância no Processo Penal, pois, é a ferramenta que trará a convicção acerca da existência ou não do fato delituoso, podendo ensejar na aplicação de uma pena ou na absolvição do acusado.

Ademais, a pena pode ser conceituada de diversas maneiras, mas o objetivo é o mesmo; impor uma punição para aquele que cometeu um ato infracional, que agiu em desconformidade com a norma jurídica. Entretanto, está punição deve ser aplicada em conformidade com os princípios que resguardam a proteção e a dignidade da pessoa humana.

Nos tempos primitivos a pena era aplicada ao indivíduo de forma arbitrária, para garantir que a vingança fosse feita a qualquer custo, sem observar quaisquer princípios, eis que, sequer existiam princípios garantidores. Por estar o direito em constante evolução é que se adquiriram os direitos, trazidos pelas mudanças constitucionais. Pode-se mencionar, a título de conhecimento, que o adultério, citado no Código Penal de 1940, era considerado crime, passível de prisão. Contudo, atualmente, não há mais que se falar em prisão por adultério, considerando sua revogação, vez que, o sistema jurídico não deve ser primitivo, deve caminhar e aprimorar de acordo com o tempo.

O Código de Processo Penal foi promulgado em 03 de outubro de 1941, época ditatorial instaurada por Getúlio Vargas, que ensejou e influenciou vultuosamente a legislação Processual Penal. Ao longo desse período poucas foram às alterações, gerando assim uma desconformidade imensa com as mudanças sociais e, principalmente com a Constituição de 1988, que foi promulgada muitos anos depois.

Contudo, faz-se necessário uma reforma processual, pois, no moderno Estado Democrático de Direito, exige-se que seja feito uma análise crítica a cerca das normas e seus ordenamentos vigentes, precisamente na legislação penal processual, pois, já citado, são inúmeras as garantias que o legislador trouxe no texto constitucional que deve aderir ao Processo Penal.

Pretende-se, com a presente pesquisa, abordar a correlação das provas ilícitas no Processo Penal brasileiro com a teoria ferrajoliana, cuja função é a aplicação da pena no caso concreto considerando os axiomas trazidos por Luigi Ferrajoli em sua obra. Ressalta-se que todos os axiomas serão abordados no decorrer do trabalho, com a finalidade não de suprimir a aplicação da pena, mas sim seu cumprimento em conformidade com os direitos individuais, pois, sem observar estes direitos o processo não pode ser justo.

Luigi Ferrajoli deixa evidente que a ausência desta garantia faz com que a justiça se torne inoperante. Quando menciona “fidelidade” em sua obra, o autor nos explica tratar-se de garantia política, ou seja, aquela de natureza política que tem o condão de honrar os direitos humanos, fundamentais ao homem.

Destarte, a dimensão ilícita da prova no Processo Penal brasileiro correlata ao garantismo penal, demanda uma discussão a cerca da validade dos processos onde

configura ilicitude, visto que, quando se fala em Estado democrático, o sistema deve progredir para que seja cumprida as normas constitucionais.

As normas ordinárias não podem contrariar ou violar os direitos e garantias conservadas na Carta Magna, esta é a discussão trazida pelos estudiosos do direito, visto ser garantias constitucionais protegidas, porém, muitas vezes descumpridas.

Portanto, será explorado no decorrer da matéria a importância dos princípios implícitos e explícitos na Constituição e sua adequação no Processo Penal, diante da dificuldade fatual de implantá-los na investigação criminal de maneira que o processo seja constituído sem vícios de legalidade.

2 | TEORIA DO GARANTISMO PENAL

A Teoria de Luigi Ferrajoli, peculiar à obra Direito e Razão *Teoria do Garantismo Penal*, procura alinhar os princípios constitucionais na aplicação da pena nos procedimentos penais. A tese basilar funda-se no Estado Democrático de Direito e nos direitos individuais protegidos pela Constituição Federal.

A teoria proposta por Luigi Ferrajoli da ênfase no *Garantismo Penal*, segundo o autor “garantismo designa um modelo normativo de direito [...] estrita legalidade, validade, efetividade, filosofia política que requer do Direito e do Estado o ônus da justificação com base nos bens e interesses sociais” (FERRAJOLI, 2006, p. 785-787).

A partir das ideias iluministas com a mudança de pensamentos filosóficos que a teoria do garantismo penal obteve ímpeto para limitar o Estado à aplicação severa e inidônea ao acusado como ser social e detentor de direitos. Em consonância com o conceito de garantismo trazido pelo autor, destaca a ideia principal da teoria; fazer com que as normas fundamentais sejam aplicadas sob as normas ordinárias sem contrariar os princípios constitucionais.

Ferrajoli destaca dez axiomas referentes à aplicação da pena; *Nulla poena sine crimen*; *Nullum crimen sine lege*; *Nulla Lex (poenalis) sine necessitate*; os ligados ao delito: *Nulla necessitas sine injuria*; *Nulla injuria sine actione*; *Nulla actio sine culpa*; e ligados ao processo: *Nulla culpa sine judicio*; *Nullum judicium sine accusatione*; *Nulla accusatio sine probatione* e *Nulla sine defensione*.

2.1 *Nulla poena sine crimen* (não há pena sem crime)

Também chamado de princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito, para Ferrajoli “deve ser aplicado a pena quando se tenha cometido o delito, que constitui sua causa ou condição necessária e do qual se configura como defeito ou consequência jurídica” (FERRAJOLI, 2006 p. 339).

Para Jeremy Bentham delito é: “tudo aquilo que o legislador proibiu, seja por boas ou más razões [...] a todo ato que se considere que deva ser proibido em razão de um mal qualquer que faz surgir ou que pode vir a fazer surgir” (FERRAJOLI, 2006

p. 343).

A retribuição, portanto, só deve ser atribuída quando houver cometimento do ato ilícito, comprovado, pois, ilógico e inconstitucional seria se o indivíduo respondesse por um crime não previsto em lei, ou ser responsável e condenado por fundamentos extrajurídicos.

Ferrajoli traz em sua obra duas concepções acerca do princípio da retributividade; são elas: formalista e substancialista:

As formalistas são aquelas que consideram 'delitos' todos - e somente - os previstos por uma lei válida como pressupostos de uma pena, são, pelo contrário, substancialistas as que, na definição do conceito de 'delito' fazem referência também a elementos extrajurídicos de tipo moral, social, natural e em qualquer caso ontológico. (FERRAJOLI, 2006 p. 340-341).

A concepção formalista é a maneira coesa de definir o delito, visto que defini-lo, com base jurídica, ao contrário da concepção substancialista que não conceitua o delito de forma jurídica, a compressão que se pode obter é ambígua, pois, a lei deve distinguir o que é legal da ilegalidade, e elementos extrajurídicos de tipo moral, social, natural; são distintos para cada indivíduo, o que é moral para um pode não ser para outro

Quando punir? É a pergunta elaborada pelo italiano em sua obra, que nos remete ao capítulo VII da obra, desta feita, o princípio da retributividade declara que a punição só deverá acontecer quando houver o crime, a pena é a consequência do crime.

A garantia está no quando punir e punir de forma justa com equidade, quando houver existência de um fato criminoso, não somente punir por prevenção, pois, esta punição poderia dar ensejo à injustiça e o garantismo tem como fórmula basilar o agir de forma equitativa.

2.2 *Nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei)

Do mesmo modo, a expressão "não há crime sem lei" deriva do princípio da legalidade que, segundo Ferrajoli a função garantista do princípio reside no fato de que os delitos estejam predeterminados pela lei de maneira taxativa, sem reenvio a parâmetros extralegais.

Desta forma, o princípio da legalidade prevê que toda conduta aplicada pelo juiz deva estar fundada em lei. A Constituição brasileira de 1988 adota tal princípio quando menciona em seu artigo 5º, inciso XXXIX que "não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Percebe-se a correlação do axioma anterior (*nulla poena sine crimine*) ambos explícitos na Constituição e reconhecidos pelo princípio da legalidade e da anterioridade.

Luigi Ferrajoli distingue as definições da legalidade penal em formalistas e substancialistas, para o autor "se as definições estivessem concebidas nos termos indicados, não valeria a pena despender mais palavras sobre elas e o discurso sobre

a legitimação poderia considerar-se encerrado" (FERRAJOLI, 2006 p. 343).

As formalistas dizem respeito à legitimação interna e as substancialistas; externas, para exemplificar; quando as duas concepções entram em conflito espera-se que a doutrina e as fontes do direito concedam em determinado ordenamento jurídico uma definição unânime, para que não aja contradição entre elas.

As teses substancialistas ou moralistas afirmam que os delitos são tais pelas suas características intrínsecas servem para mistificar o direito penal vigente [...] como reflexo ou produto da moralidade média, do sentimento do povo, da natural anormalidade da desviação castigada, de exigências objetivas de defesa social. (FERRAJOLI, 2006 p. 343).

Enquanto que as teses formalistas afirmam que os comportamentos imorais, anormais ou socialmente prejudiciais são tais porque estão castigados pela lei como delitos acabam servindo para neutralizar o juízo moral e político. Assim é que, o princípio da legalidade torna-se intrincado quando analisado nestas duas teses, porquanto que, para compreendê-lo na esfera penal faz-se necessário que o entendimento alcance o crucial; a medida legal extrínseca que determina a ilegalidade da legalidade, sem que nenhum juízo moral ou externo possa sobrepujar este axioma.

2.3 *Nulla Lex (poenalis) sine necessitate* (não há lei penal sem necessidade)

Segundo Luigi Ferrajoli remeteu a Montesquieu a afirmativa de que: "todo ato de autoridade de um homem em relação a outro que não derive da absoluta necessidade é tirânico" (FERRAJOLI, 2006 p. 427).

A frase em comento remete ao princípio da necessidade da Pena ou intervenção mínima, pois quando há um bem jurídico tutelado, este bem carece de proteção, outrossim, se este ato resulta de arbitrariedade, a lei se torna ineficaz.

O Direito Penal em qualquer âmbito jurisdicional deve atuar como *ultima ratio*, neste sentido, ele é a última razão para solucionar um conflito. Desta forma, todos os demais ramos do direito devem ser analisados antes de procurar a solução no Direito Penal, visto ser ele a *ultima razão* do julgador.

A necessidade de julgar um indivíduo deve surgir da extensão da lesão que este cometeu, ao ferir a paz social ao comprometer o bem jurídico de forma a lesionar outrem, é neste momento que o Direito Penal surge, como forma de represália contra o agressor. Saindo deste âmbito, o julgador deve por lei buscar outros meios que garantam a perfeita paz social e a garantia do indivíduo, como ser humano, capaz de cometer erros e regressar para o convívio social.

Apesar de não estar implícito na Constituição Federal brasileira de 1988, o princípio da intervenção mínima surge para que outros ordenamentos possam ser aplicados, antes de recorrer ao Direito Penal, posto que existindo um recurso mais brando não há necessidade da intervenção penal.

2.4 *Nulla necessitas sine injuria* (não há necessidade sem ofensa ao bem jurídico)

Trata-se do princípio da lesividade, assim, não deverá o agente ferir os bens jurídicos protegidos e tutelados, não havendo lesão a estes bens, não há motivos para aplicação da pena.

Ensina Ferrajoli (2006 p.428) que “observa-se o dano causado a terceiros, as razões, os critérios e a medida das proibições e das penas”. As observações apresentadas por Ferrajoli

Análogo ao axioma *Nulla Lex (poenalis) sine necessitate*, aqui mencionado, o princípio da *nulla necessitas sine injuria*, trás ao legislador a mesma condição de lei sem necessidade, porém, afirma que sem ofensa ao bem jurídico.

Contudo o princípio da lesividade regulamenta que o direito penal deverá punir o crime se a conduta afetar o bem jurídico, visto que no Estado democrático de Direito é inadmissível condenar e punir a conduta vista aos olhos da sociedade como imoral ou impuro, seria então um retrocesso jurídico, onde o cidadão era condenado não pela ofensa ao bem jurídico tutelado, mas pela conduta considerada pelo outro como imoral.

Ferrajoli (2006 p. 426) deixa evidente que “para uma maior tutela da liberdade pessoal de consciência e da autonomia e relatividade moral, a tolerância jurídica de toda atitude ou conduta que não seja lesiva a terceiros”. Desta forma, a lesividade influí diretamente no ato causado a terceiro, desde que este ato não seja relativo ao comportamento e pensamento, mas sim, a ação que causar dano.

2.5 *Nulla injuria sine actione* (não há ofensa sem conduta)

Segundo Ferrajoli (2006 p. 440), “de acordo com este princípio, nenhum dano, por mais grave que seja, pode-se estimar penalmente relevante, senão como efeito de uma ação”. Corresponde ao princípio anterior - *Nulla necessitas sine injuria* - o princípio da materialidade da ação, assim denominado, configura que o agente não pode ser punido pelo que pensa pelo seu modo de viver, mas sim por um fato que este praticou e se este fato configurou crime contra outrem.

Assim, determina Ferrajoli (2006 p. 441) que a “materialidade ou exterioridade da ação criminal, é, assim, um pressuposto necessário da lesividade ou da danosidade do resultado, caracterizado, por sua vez, com um fato empírico externo que se distingue da ação, como acontece nos chamados “delitos de resultado” ou que se identifica com ela, como nos chamados delitos de “mera atividade”.

Ferrajoli (2006, p. 442) cita em sua obra a frase de Montesquieu “As leis só se encarregam de castigar as ações exteriores”, ou seja, as ações interiores, pensamento, comportamento, não devem influenciar no julgamento do indivíduo. A Constituição

Federal de 1988 em seu artigo 5º, VIII dispõe que: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

Portanto, de forma implícita o ordenamento brasileiro destaca que as ações do indivíduo não configuram ofensa e nem serão privadas por razões particulares, assim, a exteriorização danosa é o fundamento para julgamento e a aplicação da pena, sendo esta de caráter filosófico não configura crime e se fosse configurado estaria à garantia constitucional violada.

2.6 *Nulla actio sine culpa* (não há conduta penalmente relevante sem culpa)

Ferrajoli denomina princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal que deriva dos axiomas *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nula iniuria sine culpa*,

Para o autor nenhum fato ou comportamento é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; consequentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer. (FERRAJOLI, 2006 p. 446)

No ordenamento jurídico brasileiro o princípio da culpabilidade é corolário do princípio da dignidade humana, que desta feita é consagrado na Carta Magna, portanto, não há crime sem culpa.

No Processo Penal brasileiro a culpabilidade é o critério para sentença, de forma que na Constituição Federal de 1988 considera-se no artigo 5º, LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, é a presunção da inocência. Sendo este considerado culpado, tem-se mais uma garantia que é a proporção da culpabilidade pelo ato cometido.

Assim, ao retroagir aos tempos primitivos a culpa era transmitida ao grupo familiar, de forma solidária. Hodíerno, no Código de Penal em seu artigo Art. 29 dispõe que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Além de o indivíduo concorrer para o crime, ou seja, participar deste, sua culpa deve ser analisada de acordo com sua participação no crime.

2.7 *Nulla culpa sine judicio* (não há culpa sem processo)

Ferrajoli (2006, p. 505) chama de submissão à jurisdição, destaca a “presunção de inocência do imputado até a prova e à refutação”. Anterior ao princípio da *Nulla actio sine culpa* – difere a culpa relevante da culpa determinada no processo legal. Este princípio também adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro determina que seja realizado o devido processo legal, ou seja, não há culpa sem processo. No devido processo legal todas as etapas devem ser seguidas, para que o processo possa ter

eficácia e validade, portanto, o termo “não há culpa sem processo” é uma garantia do agente.

O axioma nulla culpa sine judicio não exprime apenas a garantia da presunção de inocência do imputado. Ele tem também o valor de uma norma de organização da não derrogação do juízo quando este é ativado por uma ação acusatória que postula a existência de um crime e requer a imposição de uma pena (FERRAJOLI, 2006, p. 517).

É o que dispõe o artigo 5º, LIV da Constituição Federal “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. O devido processo legal é a garantia constitucional, explícita no ordenamento brasileiro, vez que a norma ordinária não deverá contrariar a norma magna, o legislador deve observar esta garantia para que seja realizado o processo legal sem vícios.

2.8 Nullum judicium sine accusatione (não há processo criminal sem acusação)

O axioma “não há processo criminal sem acusação” Ferrajoli chama de “princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação” remete ao fato de que o juiz não deverá ter interesse no processo e apregoa a separação das atividades de acusação e julgamento, de maneira a assegurar aos indivíduos o justo processo legal.

Para Luigi Ferrajoli “comporta não só a diferenciação entre os sujeitos que desenvolvem funções judicantes e os que desenvolvem funções de postulação e o consequente papel de espectadores passivos e desinteressados reservado aos primeiros em virtude da proibição *ne procedat iudex ex officio* mas também, e sobretudo, o papel de parte – em posição de paridade com a defesa – consignado ao órgão da acusação e a consequente ausência de qualquer poder sobre a pessoa do imputado (FERRAJOLI, 2006, p. 552).

2.9 Nulla accusatio sine probatione (não há acusação sem provas)

Luigi Ferrajoli (2006, p. 91) denomina de princípio do ônus da prova ou da verificação. Relativa ao processo esta garantia visa nos dizeres,

[...] a verdade perseguida pelo método acusatório, sendo concebida como relativa ou formal, é adquirida, como qualquer pesquisa empírica, através do procedimento por prova e erro. A principal garantia consecução é consequentemente confiada à máxima exposição das hipóteses acusatórias à falsificação pela defesa, isto é, ao livre desenvolvimento do conflito entre as duas partes do processo, portadoras de pontos de vista contrastantes exatamente porque titulares de interesses opostos. No conflito, ademais, o primeiro movimento compete à acusação. Sendo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova em contrário, é essa prova contrária que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação. Daí o corolário do ônus acusatório da prova expresso pelo axioma A9 nulla accusatio sine probatione. (FERRAJOLI, 2006 p. 562)

O autor destaca uma característica importante a cerca do sistema acusatório:

[...] impede que tal ônus possa ser assumido por sujeitos que não da acusação: não pelo imputado, a quem compete o contraposto direito de contestação, e de modo algum pelo juiz, que tem ao invés a função de julgar livremente a credibilidade das verificações e das falsificações exibidas (FERRAJOLI, 2006 p. 562)

Prossegue na tese que:

Do mesmo modo que ao acusador são vedadas as funções judicantes, ao juiz devem ser em suma vedadas as funções postulantes, sendo inadmissível a confusão de papéis entre os dois sujeitos (...) É nessas atividades que se exprimem os diversos estilos processuais: desde o estilo acusatório, em que é máximo o distanciamento do juiz, simples espectador do interrogatório desenvolvido pela acusação e pela defesa, ao estilo misto, em que as partes são espectadoras e o interrogatório é conduzido pelo juiz, até o estilo inquisitório, no qual o juiz se identifica com a acusação e por isso interroga, indaga, recolhe, forma e valora as provas (...) Igualmente os testemunhos, extorquidos pelo juiz e dotados de valor probatório legal na inquisição, são entregues no processo acusatório exclusivamente à interrogação pelas partes, submetidos ao seu exame cruzado, vinculados à espontaneidade e ao desinteresse das testemunhas, delimitados no objeto e na forma pelas proibições de perguntas impertinentes, sugestivas, indeterminadas ou destinadas a obter apreciações ou juízos de valor. De fato, representam resíduos inquisitórios o interrogatório (a oitiva) das testemunhas pelo juiz (...); a ditadura por parte dele nas atas de interrogatório; o poder ilimitado do juiz de admitir ou não admitir provas e, por fim, aquele substituto moderno da tortura, que é a advertência das testemunhas por meio de incriminação e condenação por falso testemunho ou por silenciarem, salvo retratações. (FERRAJOLI, 2006 p. 489-490)

Ao analisar a característica mencionada por Ferrajoli sobre o sistema acusatório verifica-se que no sistema garantista não é admitido a figura do juiz inquisitor, pois fere os princípios garantidores e concentra as funções de acusar, defender e julgar. No Brasil foi adotado, com a Constituição Federal de 1988, o sistema acusatório, ficando definidas as funções de acusar e julgar em órgãos distintos, haja vista ser a forma democrática de direito.

2.10 *Nulla probatio sine defensione* (não há prova sem defesa)

Também relativa ao processo, o axioma apresentando por Ferrajoli e denominado como princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade. Segundo Ferrajoli (2006 p. 564) “o ônus da prova a cargo da acusação comporta logicamente, por parte do imputado, o direito de defesa, expresso aqui com o axioma *nulla probatio sine defensione*”.

O direito de defesa também consagrado no ordenamento brasileiro, quando menciona a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5, LV “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Assim sendo, é perceptível que o legislador conferiu ao cidadão a ampla defesa, no intuito de prevalecer um julgamento válido, onde o acusador obtivesse no processo a defesa de seus direitos, bem como o contraditório das acusações a este atribuída.

No sistema garantista e conforme preceitua Ferrajoli “[...] ao imputado seja assim

assistido por um defensor, de modo a competir com o Ministério Pùblico". No entanto, apesar de em existirem em determinados processos o chamado *jus postulanti*, comprehende-se que é de suma importânci a presenâa de um advogado profissional, para competir com igualdade perante outro profissional ténico. O pensamento do jus filósofo é equivalente, quando declara em sua obra que "em um ordenamento cujas leis fossem simples e acessíveis a todos", escreveu Bentham, os cidadãos "poderiam criar, cuidar de suas causas judiciais como todos geram seus negócios". Conclui dizendo que "seria, portanto, suficiente a auto defesa, mas, onde a legislação é obscura e complicada e o processo é empedernido de formalidades e nulidades, é necessária a defesa ténica [...] para restabelecer a igualdade das partes quanto à capacidade e para contrabalançar, por outro lado, as desvantagens ligadas à inferioridade da condição de imputado" (FERRAJOLI, 2006, p. 565).

3 | DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

Prova vem do latim *probatio*, segundo Capez "e o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existênci ou inexistênci de um fato" (CAPEZ, 2013, p. 372).

Para Luigi Ferrajoli "prova é o fato probatório experimentado no presente, do qual se infere o delito ou outro fato do passado" (FERRAJOLI, 2006, p. 125), o que afasta da linguagem corrente. Eugenio Paceli conclui ser a prova "a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidênci possível com a realidade histórica, com a verdade dos fatos" (PACELLI, 2013, p. 325).

Sentis procurando estabelecer "o que é a prova", afirma "que prova e verificação", e que esta verificação recairia sobre as alegações e afirmações produzidas em relação aos fatos (SENTÍS MELENDO, 1976).

Para o processo Penal a reconstrução da verdade é a mais importante matéria a ser tratada na aplicação da sentença, pois, não deverá contentar o juiz com poucas verdades, mas sim, de acordo com o princípio da verdade real, com a efetiva realidade dos fatos.

O Código de Processo Penal em seu Título VII elenca os meios de provas, quais são; do interrogatório, disciplinado nos art.185 ao 196; a confissão, disposto nos arts.197 ao 200; a prova testemunhal, constante nos art. 202 ao 225; a prova pericial, regulado nos art. 158 ao 184; das perguntas ao ofendido, consagrado no art. 201; o reconhecimento de pessoas e coisas, disposto nos artigos 226 ao 228; a acareação, em comento nos artigos 229 3 230; dos documentos, constante nos artigos 231 ao 238; dos indícios, citado no artigo 239 e da busca e apreensão constante nos artigos 240 ao 243.

Em nosso ordenamento jurídico consagrado na Constituição Federal de 1988 estão os princípios penais explícitos, quais sejam; princípio da humanidade que se encontra em diversos artigos e destaca-se no art. 5º, XLVII, que dispõe:

Art. 5º - [...]

XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis. (BRASIL, 1988)

Destaca também no inciso XLIX, do art. 5º: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Outro princípio é o da proporcionalidade que de acordo com Ferrajoli:

O fato de que entre pena e delito não exista nenhuma relação natural não exime a primeira de ser adequada ao segundo em alguma medida. Ao contrário, precisamente o caráter convencional e legal do nexo retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da qualidade e quantidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo juiz em relação à natureza e gravidade do outro (FERRAJOLI, 2006, p. 320)

“Para Eugênio Pacelli “o interrogatório é o último ato da audiência de instrução, cabendo ao acusado escolher a estratégica de autodefesa que melhor consulte aos seus interesses” (PACELLI, 2013, p. 379).

Embora a confissão não seja absoluta para o processo penal, está é uma das provas de maior valoração para a sentença judicial. A prova testemunhal trazida pelo Código de Processo Penal em seu artigo 202 e seguintes, embora frágil é contumaz no processo.

A prova pericial é uma prova técnica realizada por profissionais, as perguntas realizadas ao ofendido são conferidas a própria vítima na ação penal e está não tem o compromisso de dizer a verdade, visto que, não trata-se de uma testemunha e no entanto não poderá ser processada por falso testemunho.

O reconhecimento de pessoas e coisas de acordo com entendimento de Eugenio Pacelli “trata-se de mero procedimento, tendente a identificação de pessoas, de alguma maneira envolvidas no fato delituoso” (PACELLI, 2013, p. 435).

A acareação como os demais meios de provas é também imprescindível ao processo na busca da verdade real, pois, quando há contraditório nos depoimentos o Juiz coloca frente a frente às pessoas que fazem parte do processo para assim desvendar seus depoimentos.

Os documentos fazem parte de todo e qualquer processo, na ação penal não é diferente, tudo aquilo que for imprescindível a demonstrar um fato, este servirá como prova, visto que, o princípio do contraditório é notório nesta fase do processo. Os indícios, como meio de prova é um sinal de vestígio que o julgador analisará e fará uma dedução lógica daquele fato para encaixá-lo no processo.

A busca e apreensão consistem numa medida cautelar, assim, dada as razões é substancial ao procedimento, cautelar, pois, visa precaução na ação penal. Todos os meios de provas estão previstos no Código de Processo Penal e são recursos que o

julgador deverá aplicar no início ao fim da lide.

As provas testemunhais, documental, pericial e todas acima citadas são consideradas provas típicas, ou seja, refere-se às provas reguladas em lei, ou seja, aquelas que estão previstas em lei e exige um procedimento probatório específico, quanto às provas atípicas (ou inominada) seria toda fonte de prova que não está prevista no ordenamento, mas pode ser admitida como meio probante a servir de elemento para a formação da convicção do juiz.

No que tange as provas atípicas, segundo Antônio Magalhaes Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ibahy Badaró consideram que ‘, há consenso de que também não vigora no campo penal um sistema rígido de taxatividade dos meios de prova, sendo admitida a produção de provas não disciplinadas em lei, desde que obedecidas determinadas restrições’ (FILHO, BADARO, p. 180).

Na concepção Ferrajoliana as provas obtidas, sem observância aos princípios constitucionais, não podem ser admitidas como meios de prova, pois, no Estado Democrático de Direito as garantias fundamentais esclarecedora na Constituição Federal, não permitem que as normas ordinárias ou costumes possam ser superiores e contrariar a lei maior.

Por conseguinte, os meios de provas previstas no Código de Processo Penal, ora citados, deverão observar o que dispõe a Carta Magna, em respeito ao regime democrático e a dignidade da pessoa humana.

4 | PROVA ILÍCITA

A Carta Magna de 1988 dispõe em seu artigo 5º, LVI que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Adiante, a lei ordinária no Código de Processo Penal em seu artigo 157, caput, reproduz: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Assim sendo, convém ressaltar de acordo com a doutrina a diferença entre prova ilegal, ilegítima e ilícita. Nas palavras de Aury Lopes Junior, a prova ilegal seria o gênero da qual seriam espécies a prova ilegítima e a prova ilícita. Assim distingue tal autor que a prova ilegítima seria aquela que viola uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição de tal prova tem natureza exclusivamente processual, quando imposta em função de interesse referente à lógica e a finalidade do processo. Já a prova ilícita seria aquela que violaria uma norma de direito material ou constitucional no momento de sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a esse. Em geral ocorre uma violação a intimidade, privacidade ou dignidade (LOPES JR, 2013, p. 593)

Destarte, a prova ilícita irrefutavelmente é aquela obtida de maneira a contrariar os princípios jurídicos, sem observar os preceitos legais e assim desonrar a dignidade da pessoa humana.

O que se pode identificar é que os doutrinadores diferenciam a prova ilícita da prova ilegal, conforme preceitua Grinover: “quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima ou ilegitimamente produzida; quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilícita ou ilicitamente obtida” (GRINOVER, p. 131).

Desse modo, cabe evidenciar a prova ilícita, por tratar-se de violação a Constituição e seus princípios, outros juristas conceituam a prova ilícita de acordo com o entendimento doutrinário, nos dizeres de Antônio Scarance Fernandes:

A violação de uma vedação será sempre ilegal, mas a violação de uma proibição de natureza substancial torna o ato ilícito, enquanto a violação de impedimento de ordem processual faz com que o ato seja ilegítimo. Em síntese, a prova ilegal consiste em violação de qualquer vedação constante do ordenamento jurídico, separando-se em prova ilícita, quando 'e ofendida norma substancial, e prova ilegítima, quando não 'e atendido preceito processual (GRINOVER, 2000, p. 84)

Afirma Oliveira (2004, p. 340) que o princípio da inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente “[...] cumpre uma função eminentemente pedagógica, ao tempo em que também tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica”.

O problema das provas ilícitas inclui-se entre os mais árduos que a ciência processual e a política legislativa tem precisado enfrentar, dada a singular relevância dos valores eventualmente em conflito (Moreira, 1996, p.21).

Portanto, a prova ilícita é aquela que de alguma maneira infringe as normas constitucionais previstas em desacordo com seus princípios e garantias constitucionais.

Conforme Gomes, no âmbito do Direito Processual Penal:

[...] a primeira decisão do STF que reconheceu a inadmissibilidade da prova ilícita deu-se em dezembro de 1986 (RTJ 122/47). Tratava-se de um caso de interceptação telefônica clandestina. Determinou-se o trancamento do inquérito policial, fundado nessa prova: os meios de prova ilícitos não podem servir de sustentação ao inquérito a ação penal (GOMES, 2003, p. 473).

Na constituição Federal de 1988, em seu artigo 5, XII, admite expressamente a possibilidade de interceptação telefônica, sendo esta autorizada judicialmente, se esta ocorrer sem a autorização do Juiz e em conformidade com a legislação de investigação criminal, será ela considerada ilícita. Seria esta um exemplo de prova ilícita por derivação.

O direito brasileiro inspirou-se na Suprema Corte norte-americana (United States Supreme Court, 1920) ao trazer para seu ordenamento, previsto no artigo 157, § 1º, CPP em comento, a teoria *fruits of the poisonous tree*, ou frutos da árvore envenenada, assim, qualquer prova obtida no engenho da ilicitude é considerada inválida e contaminada.

Os frutos da árvore envenenada pressupõe que a árvore contaminada não dará bons frutos, ou seja, o processo tornar-se viciado e como consequência perderá a validade. Desta forma, se o legislador admite na lide um processo onde há existência

de provas ilícitas, este estará contrariando os princípios constitucionais e o Estado democrático de Direito.

O Supremo Tribunal Federal ao julgar um pedido de afastamento do prefeito de Senhora do Porto – Minas Gerais, embasou na teoria do fruto da árvore envenenada, de acordo com o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Celso de Mello que negou seguimento à Ação Cautelar (AC) 3728, por meio da qual a chapa que ficou em segundo lugar nas eleições de 2012 no município de Senhora do Porto (MG) pedia o afastamento do prefeito e vice da cidade, acusados de captação ilícita de sufrágio.

Os eleitos foram afastados dos cargos, por decisão do Tribunal Regional Eleitoral (TRE) de Minas Gerais, e depois reconduzidos, por decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Os autores da ação cautelar pretendiam assegurar o direito de exercerem os respectivos cargos até o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 834897, que discute o caso no STF.

O TRE cassou o diploma dos chefes do Executivo municipal. A Corte mineira considerou ilícita a gravação ambiental, supostamente produzida pelos adversários políticos sem autorização judicial, mas considerou legais as provas oriundas das gravações – depoimentos testemunhais de eleitores presentes nas gravações.

Afastados do cargo, prefeito e vice eleitos ajuizaram recurso especial no TSE. Ao analisar o caso, a Corte Superior Eleitoral deu provimento ao recurso, considerando que a prova ilícita teria contaminado as demais provas (teoria dos frutos da árvore envenenada) que embasaram a cassação do diploma dos eleitos, pois foram colhidas a partir de gravação ambiental feita sem autorização judicial.

Assim, os candidatos derrotados no pleito queriam que fosse dado efeito suspensivo ao RE para manter a decisão do TRE-MG, suspendendo a eficácia do acórdão do TSE, e reconduzindo-os aos respectivo cargos (disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=282561&caixaBusca=N>)

De acordo com a decisão do Supremo Tribunal Federal negou-se o afastamento do prefeito, pois, a prova utilizada de forma ilícita, produzida sem autorização judicial, mesmo após os depoimentos testemunhais - que seria um dos meios de provas ilícitas, não pôde ser entranhada ao processo, visto que, derivou de uma prova ilícita, desta forma, prudente, foi negado o afastamento, exemplo este que evidencia a relevância da teoria dos frutos da árvore envenenada.

No entanto, o legislador apresenta exceções a essa regra, segundo Eugenio Pacelli (2013, p. 363), na descoberta do inevitável “admite-se a prova, ainda que presente eventual relação de causalidade ou de dependência entre as provas ilícitas e a descoberta”. A descoberta inevitável surge para evitar que todo inquérito e as demais provas sequentes a ilícita sejam contaminadas.

Diante da arbitrariedade do Estado é que não se admite meios ilícitos para provar um fato criminoso, pois, outrora das leis processuais o ordenamento deve valer se em conformidade com a Constituição e seus princípios, impedindo que o *jus puniendi* ultrapasse os limites a ele atribuídos.

Na entanto, deve prevalecer à equidade jurisdicional na ação penal, a ponderação do julgador é o principal meio de se chegar à verdade real, a prova derivada da ilícita sendo está que trará a certeza da sentença, não deverá ser anulada em decorrência da ilicitude, mas sim concluir a sentença judicial.

O Código de Processo Penal em seu artigo 157 prevê que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim obtidas em violação a normas constitucionais”. Prossegue no artigo 157 do Código de Processo Penal, em seu § 1º ao tratar da prova ilícita por derivação, ou seja, da repercussão dos efeitos advindos da ilicitude da prova, assim ‘são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciando o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras’.

Desta forma, o artigo em comento destaca a possibilidade das provas derivadas serem obtidas por fonte independente, art. 157 CPP, § 2º “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

A teoria da fonte independente é um método que o legislador encontrou para atenuar a regra da teoria dos frutos da árvore envenenada, como outras teorias que surgiram para que o processo não fosse em seu todo obstruído, a fonte independente não contamina o processo, visto ser ela independente de fontes ilícitas, o recurso para chegar até a prova não necessitou de adentrar no âmbito da ilicitude, sendo assim, admissível não precisará esta ser desentranhadas dos autos.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu sua admissão, de acordo com o julgado:

Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originalmente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal – tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. A questão da fonte autônoma de prova (an independent source) e a sua desvinculação causal da prova ilicitamente obtida – Doutrina – Precedentes do Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência comparada (a experiência da Suprema Corte Americana): casos Silverthorne Lumber co. v. United States (1988) v.g. (RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-4-07, DJ e 18-5-07).

Dessarte, o julgado em comento é manifesto que a prova independente não configura afronta aos princípios constitucionais e a teoria dos frutos da árvore envenenada, haja vista, que não existe dependência de meios ilícitos para desenredar a prova.

5 | TEORIA FERRAJOLIANA E A PROVA ILÍCITA

Para Luigi Ferrajoli (2006, p. 125) “a prova seria o fato probatório experimentado

no presente, do qual se infere o delito ou outro fato do passado”.

A teoria ferrajoliana repugna a prova obtida de forma ilícita, pois, conforme já demonstrado, o principal argumento da teoria e a não utilização de penas inconstitucionais e a não observância aos princípios fundamentais.

No sistema democrático de Direito é inadmissível recorrer ao ilícito, contradizendo a metodologia da qual o povo é soberano ao *jus puniendi*.

A teoria apresentada por Luigi Ferrajoli confronta o modelo arbitrário de aplicação da pena e identifica a importância de utilizar as normas constitucionais e traze-las para a aplicação no processo.

A prova ilícita é revés diante da teoria apresentada por Luigi Ferrajoli, pois, não existe legalidade ou validade diante de qualquer meio ilegítimo para obter o encarceramento. Luigi Ferrajoli (2006, p. 196) menciona que “ao custo da justiça, que depende das escolhas do legislador – as proibições dos comportamentos por ele tidos como delituosos, as penas e os procedimentos contra os seus transgressores – soma-se um altíssimo custo de injustiças”.

Diante da explanação acima, verifica-se que as injustiças podem ser analisadas de diversas formas, a prova ilícita parte da premissa que trata-se de uma injustiça, visto que, o ilícito é inaceitável, sendo inaceitável ocorrer a injustiça e esta é dispendiosa para o Direito Processual Penal

A prova ilícita, já mencionada como inadmissível no ordenamento brasileiro, estabelece que para que haja o procedimento na concepção de modelo garantista, com vista na dignidade da pessoa humana é fundamental que todo trâmite processual seja regulado pelas garantias propostas por Luigi Ferrajoli em conjunto com as garantias impostas na Constituição Federal brasileira de 1988, é a máxima do Direito Penal, a segurança jurídica que dentro de um Estado democrático deve prevalecer e ser cumprida de forma rigorosa, para garantir a dignidade da pessoa humana, esta que decorre de todos os princípios basilares no ordenamento pátrio.

Desta forma, é imprescindível destacar a figura do chamado “Juiz Garante”¹, ou juiz das garantias, dentro do sistema acusatório, visto que sua função é garantir que o processo seja realizado em conformidade com as garantias constitucionais e assim, preservar os direitos individuais ao acusado, para que se o processo seja justo e equânime.

1 No tocante ao juiz de garantias é necessário diferenciá-lo do juiz instrutor, ou juiz de instrução. O segundo trata-se uma figura adotada por alguns sistemas jurídicos europeus, no qual o juiz exerce a função de instruir as provas de ofício. Aury Lopes Jr. identifica que “nesse sistema a prova não é apenas produzida na presença do juiz instrutor, senão é colhida e produzida por ele mesmo. Nessa atividade poderá atuar de ofício, isto é, independente de qualquer solicitação do MP, ou do acusador privado.” Ou seja, este juiz está legalmente legitimado para intervir na gestão probatória. Já o juiz de garantias trata-se do juiz DA instrução e não DE instrução, o qual “não realiza tarefa investigatórias ou instrutoras, senão de garantia, como um verdadeiro garante, atuando no controle da adoção e realização das medidas restritivas de direitos fundamentais do sujeito passivo.” É válido explanar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), já na década de 80, se manifestou pela irregularidade da existência do juiz-instrutor, haja vista a violação ao direito ao juiz imparcial, consagrado no Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades. LOPES Jr., Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. 3^a Ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris 2005. p. 71 – 72, p. 244 e p. 76.

Nas palavras do doutrinador Aury Lopes Jr a posição do juiz garante define uma posição relevante para o direito, pois;

Assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função da proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria. Deve tutelar o indivíduo e reparar as injustiças cometidas e absolver quando não existirem provas plenas e legais LOPES Jr, 2005, p. 163)

Insta salientar que, a teoria ferrajoliana, como visão garantista, consagra a existência do juiz garante, como forma de evitar ilícitos e proteger as garantias fundamentais, visto a inadmissibilidade da prova ilícita no ordenamento jurídico.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria de Luigi Ferrajoli e sua visão garantista reflete para o ordenamento jurídico brasileiro a importância de se observar os preceitos legais na aplicação da pena, ademais, é inadmissível anuir arbitrariedades dentro de um Estado democrático de Direito, pelo qual objetiva garantias sociais e individuais ao cidadão.

Desta forma, ao observar os axiomas trazidos ao longo do texto, propostos por Luigi Ferrajoli, nota-se que são princípios que o próprio ordenamento brasileiro implícito ou explícito dispõe em seus textos, logo, o processo deve acompanhar os trâmites legais, sem vícios.

Destarte, no estudo fora analisado as provas ilícitas, a inadmissibilidade de sua aplicação, como cláusula pétreia na Constituição. O estudo das provas ilícitas aprofundou na descoberta de teorias, pelas quais, inadmite o meio ilícito para se chegar ao resultado, bem como, aquelas que defendem a proporcionalidade de sua aplicação.

Outrossim, o âmbito das provas no Processo Penal é objeto de discussão, pois, abrange a esfera penal e constitucional, devendo o legislador atentar e assegurar que a justiça não seja contaminada pelos achaques do Estado. Não se espera a inobservância das regras ou impunidade do indivíduo, ou atenuar a sanção, espera-se a correta aplicação do direito de acordo com a visão garantista, que como o próprio nome; é uma perspectiva de tudo aquilo que encontra-se positivado, redigido no ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira, Direito Romano, Forense, 6.ed., 1987.

FERNANDES, Antônio Scarance. Processo penal constitucional. P.84 2. ed. São Paulo: RT, 2000

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 27, 1999

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 4. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004. p. 532.

LOPES Jr., Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. 3^a Ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris 2005.

A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO SOB A ÓTICA PROCESSUAL BRASILEIRA

Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Porto Alegre, RS

Nathália Yasmini Hoffmann da Silva

Ministério Público

Porto Alegre, RS

RESUMO: Decorrente do princípio da soberania, a imunidade de jurisdição de Estado é regra estabelecida no Direito Internacional, tendo sido, mais recentemente, corroborada pela Corte Internacional de Justiça em julgamento proferido em favor da Alemanha, datado 14 de fevereiro de 2012. De tal decisão, é possível depreender-se que a imunidade de jurisdição é regra procedural, bem como que nenhum Estado soberano pode permitir que suas cortes internas exerçam jurisdição sobre outro Estado – igualmente soberano –, afora em exceções hoje reconhecidas pelo Direito Internacional. Para assegurar o respeito à regra, e mesmo quando as exceções são aplicadas, o Direito Processual Brasileiro adota procedimentos próprios, de acordo com a legislação, os quais serão abordados no presente artigo, mediante análise jurisprudencial. A execução de sentença será igualmente – e brevemente – tratada mais adiante.

PALAVRAS-CHAVE: Imunidade de jurisdição. Estado estrangeiro. Aplicação prática. Processo Civil.

ABSTRACT: Resulting from the sovereignty principle, State immunity regarding jurisdiction is a well-established rule in International Law, being, more recently, supported by the International Court of Justice in the judgment given in favor of Germany, dated 14th February 2012. From this decision, it is possible to surmise that State immunity is a procedural rule, as well as no – sovereign – State can allow its internal courts to exercise jurisdiction over another – equally sovereign – State, apart from exceptions nowadays acknowledged by International Law. To ensure that the rule will be respected – and even when the exceptions are applied –, Brazilian Law adopts its own procedures, according with the current law, which are going to be addressed in this article, upon jurisprudential analysis. The enforcement of judgments will also – and briefly – be addressed further on.

Keywords: Jurisdictional immunity. Foreign State. Enforcement. Civil procedures.

1 | INTRODUÇÃO

No âmbito do Direito Internacional Público, as relações entre Estados – sujeitos de Direito Internacional – são pautadas por diversos princípios. Dentre estes encontra o dever de respeito à soberania que, nas palavras de Dallari (2005, p. 77), “é o poder absoluto e

perpétuo de uma República”, bem como, para Jo (2001, p. 52), “denota a autoridade suprema para governar um território e a independência deste nas relações externas”.

O princípio da soberania é positivado por meio da Carta das Nações Unidas, datada de 1945 e atualmente em vigor, a qual dispõe, em seu artigo 2(1), que a Organização baseia-se no princípio da igualdade soberana – em sua redação original, em inglês – de todos os seus membros, ou seja, dos Estados reconhecidos pela ONU. Partindo daí, é possível concluir que a soberania tem como objetivo a manutenção da equidade no tratamento entre os Estados.

Desse modo, estabelece-se uma série de direitos, deveres e vedações para que a soberania prevaleça, cumprindo destacar, dentre eles, a impossibilidade de que um ente soberano permita às suas cortes internas que exerçam jurisdição sobre outro que igualmente goze de tal capacidade. Daí, em síntese, a ideia de imunidade de jurisdição, na qual os tribunais internos de determinado Estado encontram óbice caso pretendam processar e julgar ação ajuizada contra outro Estado, agindo em afronta às regras de Direito Internacional se ainda assim prosseguirem com o feito.

Embora tratar-se de matéria bastante controversa no âmbito do Direito Internacional e em constante evolução, assim como a relação entre os Estados, a Corte Internacional de Justiça recentemente fixou seu entendimento no ponto, ao julgar o Caso das Imunidades Jurisdicionais de Estado, por meio do qual a Alemanha postulou – entre outros pedidos – pela declaração de que a Itália afrontara o Direito Internacional ao exercer jurisdição sobre o Estado alemão por atos praticados durante o regime nazista (CIJ, 2012).

No referido caso, a Corte Internacional de Justiça reiterou compreensão anterior – por meio da qual, contudo, havia tratado de caso versando sobre imunidade de pessoa (CIJ, 2001), expressando seu entendimento no sentido de tratar-sea imunidade de jurisdição de regra procedural, impondo-se sua análise preliminar ao mérito, a qual não diz respeito ao direito material discutido em cada ação, vedando *ab initio* que processos ajuizados prossigam no âmbito das cortes internas dos Estados. Assentou, contudo, que a regra não é (mais) absoluta, admitindo-se exceções a possibilitar o exercício de jurisdição.

No ponto, a posição já pacificada é no sentido de que o inequívoco consentimento do Estado demandado vem a viabilizar o exercício de jurisdição, calhando destacar, inclusive, que o Novo Código de Processo Civil assenta expressamente a competência da autoridade judiciária brasileira nas situações “em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional”, como se desprende do artigo 22, inciso III. Ainda, a demanda em face da prática de atos de gestão – aqueles praticados por Estado estrangeiro como se particular fosse, em oposição aos atos *jure imperii* (de soberania) – é outra das (re)conhecidas exceções.

Tais exceções delimitam o escopo do presente artigo, que irá analisar o procedimento das cortes internas brasileiras em ações de natureza civil (portanto, utilizando-se das regras presentes na legislação processual civil frente ao Código que

deixou de vigorar há pouco tempo, não se olvidando das inovações trazidas pelo novo diploma legal) para que a imunidade seja mantida ou afastada nos referidos casos.

Importante salientar, apenas para que não passe em brancas nuvens, a possibilidade de que a imunidade de jurisdição seja afastada no caso de dano territorial; todavia, não se justifica o aprofundamento da matéria nesta oportunidade, uma vez que o Brasil não conta com legislação própria e específica regulando o tema e o escopo do artigo é exatamente a aplicação da lei pátria. Destaca-se, ainda, a existência de infinitas controvérsias sobre a admissibilidade de outras exceções à regra da imunidade de jurisdição de Estado, notada e precisamente exceções materiais, dizendo respeito ao mérito de cada lide; entretanto, trata-se de matéria de Direito Internacional, igualmente sendo descabido – embora não se desconhecendo a grande importância do tema – minucioso exame da questão.

Desta sorte, tendo em vista o reconhecimento da imunidade de jurisdição de Estado como regra de Direito Internacional, a ser implementada no âmbito interno de cada país, bem como a já pacificada posição de que se trata de norma procedural, mostra-se imprescindível o exame da prática na aplicação de tais conceitos, mormente frente à admissão das mencionadas exceções a serem consideradas. Este estudo dar-se-á por meio de análise dos entendimentos firmados em jurisprudências – em sua maioria, oriunda do Superior Tribunal de Justiça (STJ) – e sua evolução ao longo do tempo, utilizados exemplos que mais se adéquam ao pretendido.

2 | A NATUREZA DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DE ESTADO.

De início, a fim de possibilitar a verificação da prática adotada pelos Tribunais brasileiros, é imprescindível tratar sobre a natureza da imunidade de jurisdição de Estado que, em síntese, cuida-se de prerrogativa de caráter procedural, conforme a posição adotada pela Corte Internacional de Justiça. No que tange, pois, à conceituação como *prerrogativa*, a importância reside exatamente no fato de que esta é prevista como forma de instrumentalizar o exercício das funções do Estado – ou de quem quer que goze de prerrogativas e para os devidos fins –, por meio da garantia de que a soberania será respeitada. Tratam-se as prerrogativas, pois, de condições legais que existem por um determinado motivo, específico e fundamentado, diferindo de meros earbitrários privilégios, já tendo o Supremo Tribunal Federal (STF) firmado seu posicionamento sobre tal diferenciação em diversas oportunidades.¹

Não obstante, em relação ao entendimento de que a imunidade de jurisdição é regra procedural, a princípio, é importante traçar a diferença entre direito material e direito processual. O primeiro destes tem por objetivo disciplinar as relações interpessoais ou entre pessoas e bens (BARROSO, 2007, p. 22). Isso ocorre através da concessão, retirada ou modificação de direitos, bem como do estabelecimento de

¹ Dentre estas, cf.: Recurso Extraordinário nº 546609/2014 (Relator Ministro Ricardo Lewandowski) e Reclamação nº 5826/2015 (Relatora Ministra Carmen Lúcia).

obrigações concretas (FOROWICZ, 2013, p. 366). Assim, é por meio do direito material que determinada conduta é admitida como legal ou ilegal, permitida ou proibida de acordo com o ordenamento jurídico no qual se insere.

O direito processual, por outro lado, tem caráter instrumental (WAMBIER; TALAMINI, 2013, p. 56), de modo a dispor sobre qual será o procedimento a ser seguido a fim de solucionar controvérsias oriundas do direito material (FOROWICZ, 2013, p. 366). Para que sua finalidade seja atingida de forma satisfatória, deve haver harmonia entre direito material e processual (COUTURE, 2005, p. 480), mas estas apresentam regras próprias e independentes no que tange ao seu objeto e aplicação.

Dessa forma, ao assentar que a imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro é, de fato, regra procedural, a Corte Internacional de Justiça nos casos de 2001 (“Yerodia”) e 2012 (“Imunidade de Jurisdição”), bem como a doutrina majoritária no âmbito do Direito Internacional (BANKAS, 2005, p. 46; CHAMLONGRASDR, 2007, p. 231; MCGREGOR, 2007, p. 77) acabam por incluir a discussão à fase preliminar do processo, uma vez que o reconhecimento e/ou acolhimento de eventual alegação de imunidade obsta o prosseguimento da ação. Portanto, deixa de se considerar relevante, qualquer análise sobre o mérito (ou seja, sobre o fato decorrente do direito material que levou ao ajuizamento da ação), que somente será verificado se ultrapassado o impedimento procedural.

Tais considerações iniciais são imprescindíveis para a análise da prática adotada pelas cortes brasileiras, porquanto influenciam diretamente nas providências tomadas pelos julgadores ao longo dos anos, uma vez que ultrapassada a conceituação de imunidade de jurisdição como prerrogativa procedural, depreende-se que o momento oportuno para sua análise é exatamente logo quando do ajuizamento da ação.

3 I A APLICAÇÃO DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO ESTATAL PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.

No que tange, pois, aos procedimentos que devem ser adotados para assegurar a imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro frente a demandas propostas por nacionais, o direito processual civil brasileiro não traz qualquer previsão (seja em legislação específica, seja no Novo Código de Processo Civil – NCPC – ou no texto legal que deixou de vigorar há pouco) de modo que os tribunais internos foram modificando sua postura ao longo dos anos e conforme o entendimento dos julgadores, analisando as situações caso a caso. Diante disso, denota-se uma aplicação sistemática de regras em constante evolução, agregando-se conceitos de direito internacional e de direito processual civil para que, ao final, seja possível a adequada formação processual e seu deslinde – se for o caso.

3.1 A Ciência ao Estado Estrangeiro da Ação Ajuizada.

Em regra, nos termos da legislação processual civil (seja aquela que deixou de vigorar, seja no Novo Código que passou a viger em 18 de março de 2016), ajuizada determinada ação de natureza cível, submetida ao rito ordinário e sem pedido de antecipação de tutela, o juízo procederá à análise preliminar sobre eventuais vícios que venham a ensejar providências diversas para saneamento, indeferimento ou extinção do feito. Em inexistentes defeitos, determinar-se-á a citação do demandado para que este apresente resposta, nos termos do artigo 238 e seguintes do NCPC (artigo 213 e seguintes do antigo código).

A citação é requisito essencial à validade do processo, seja o rito ao qual for submetido o feito e, inclusive, no caso de procedimentos de jurisdição voluntária, como destaca Humberto Theodoro Júnior (2013, p. 295). Nesta senda, a continuidade do feito não prescinde da citação, sendo condição de eficácia processual e se tratando de nulidade insanável sua ausência (DIDIER JUNIOR, 2010, p. 477). Com isso, em ausentes quaisquer irregularidades que demandassem outras das mencionadas providências, quando ajuizada ação judicial em face de Estado estrangeiro, o juízo tinha como praxe determinar sua citação para apresentação de resposta.

Em se tratando, pois, de demandas ajuizadas diante de atos de gestão praticados pelo Estado estrangeiro, a providência mostra-se adequada. É que, quando da prática de *acta jure gestionis*, o Estado equipara-se ao particular, seja no momento em que assumiu obrigações, seja no caso de descumprimento destas. Nesse sentido, há muito o Superior Tribunal de Justiça adequou seu entendimento à regra internacional, vejase:

DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO - IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO ESTRANGEIRO - EVOLUÇÃO DA IMUNIDADE ABSOLUTA PARA A IMUNIDADE RELATIVA - ATOS DE GESTÃO - AQUISIÇÃO E UTILIZAÇÃO DE IMÓVEL - IMPOSTOS E TAXAS COBRADAS EM DECORRÊNCIA DE SERVIÇOS PRESTADOS PELO ESTADO ACREDITANTE. Agindo o agente diplomático como órgão representante do Estado Estrangeiro, a responsabilidade é deste e não do diplomata. A imunidade absoluta de jurisdição do Estado Estrangeiro só foi admitida até o século passado. Modernamente se tem reconhecido a imunidade ao Estado Estrangeiro nos atos de império, submetendo-se à jurisdição estrangeira quando pratica atos de gestão. *O Estado pratica ato "jure gestionis" quando adquire bens imóveis ou móveis.* O Egrégio Supremo Tribunal Federal, mudando de entendimento, passou a sustentar a imunidade relativa. Também o Colendo Superior Tribunal de Justiça afasta a imunidade absoluta, adotando a imunidade relativa do Estado Estrangeiro. *Não se pode alegar imunidade absoluta de soberania para não pagar impostos e taxas cobrados em decorrência de serviços específicos prestados ao Estado Estrangeiro.* Recurso provido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Turma. Recurso Ordinário n. 6 - 1997/0088768-5/RJ. Relator Ministro Garcia Vieira. Publicado no DJ em 10/05/1999). (grifos nossos)

Ademais, nos termos do artigo 344 da legislação processual em vigor (artigo 319 do antigo Código), da citação decorrem efeitos e, uma vez realizada, podem ser impostos ônus à parte que, citada, permanece silente. Nesse sentido, não se vislumbra

qualquer afronta se adotada tal prática pelo juízo em se equiparando o Estado a um particular.

Contudo, de outra sorte, verifica-se violação ao Direito Internacional caso a demanda tenha sido proposta diante de atos de natureza *jure imperii*, os quais são praticados em decorrência da soberania do Estado, em utilização de prerrogativas do poder público, uma vez que a regra determina a manutenção da imunidade em tal caso, sendo esta afastada apenas em caso de consentimento expresso ou tácito² (ou de dano territorial, o que não é objeto da presente análise), de modo que a ausência da aquiescência é vista como *conditio sinequanon* para que a imunidade seja garantida (WATTS, 1999, p. 2032).

Com isso, procedendo à análise do tema diante de reiterados recursos levados aos Tribunais Superiores, os julgadores concluíram que a utilização da figura da citação em toda e qualquer oportunidade de ajuizamento de ação em face de Estado estrangeiro – como de praxe em ações comuns – acabaria por obrigar a ratificar uma prerrogativa que já possui, sob pena de que lhe fossem aplicadas penalidades que destoam do Direito Internacional, em descompasso com a prerrogativa que lhe assegura imunidade de jurisdição.

Como alternativa, passou a ser considerada a possibilidade de intimação do Estado estrangeiro demandado acerca de eventual ajuizamento de ação contra si. Todavia, nos termos do artigo 269 do NCPC (artigo 234 do antigo Código), a intimação igualmente impõe obrigações ao destinatário, tratando-se do “ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo”, mostrando-se, portanto, igualmente desarrazoada a utilização do referido ato. Ainda assim, até então ausente no ordenamento jurídico a figura de um ato próprio à finalidade pretendida – que tão somente fosse prestada ao Estado demandado a informação de que fora ajuizada ação contra si, lhe possibilitando eventual manifestação de consentimento – passou-se a considerar a ideia de *notificação*, ainda que em conjunto com a citação.

No ponto, importa-nos destacar interessante julgado datado de 06 de outubro de 2005, de relatoria do Ministro Jorge Scartezzini, no qual – em que pese mencione *privilegio* ao referir-se à imunidade – é realizada ampla análise acerca da competência das cortes locais, bem como sobre a distinção de atos *jure imperii* *jure gestionis*, determinando-se, ao final, o prosseguimento do feito para a “notificação ou citação do Estado demandado”:

PROCESSO CIVIL E INTERNACIONAL - RECURSO ORDINÁRIO - COMPETÊNCIA DO STJ - ESTADO ESTRANGEIRO - PROMESSA DE RECOMPENSA - CIDADÃO BRASILEIRO - PARANORMALIDADE - AÇÃO ORDINÁRIA VISANDO AO RECEBIMENTO DA GRATIFICAÇÃO - COMPETÊNCIA CONCORRENTE DA JUSTIÇA BRASILEIRA - IMUNIDADES DE JURISDIÇÃO E EXECUÇÃO - POSSIBILIDADE

2 Não se pode confundir consentimento tácito com presunção de consentimento. Consentimento tácito dá-se, em síntese, “quando um Estado institui, intervém ou participa em relação ao mérito do procedimento judicial. Nesse sentido, o Estado não se manifesta no sentido de concordar com o exercício de jurisdição; no entanto, isso não pode ser interpretado como silêncio, mas como atuação ativa no intuito de colaborar com a condução do processo” (SILVA, 2012, p. 48).

DE RENÚNCIA - CITAÇÃO/NOTIFICAÇÃO DO ESTADO RÉU - NECESSIDADE - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - AFASTAMENTO - RECURSO PROVIDO.1 - Competência ordinária deste Colegiado para o julgamento da presente via recursal, porquanto integrada por “Estado estrangeiro (...), de um lado, e, do outro, (...) pessoa residente ou domiciliada no País” (art. 105, II, “c”, da CF/88).2 - Recurso Ordinário interposto contra r. sentença que, concluindo pela incompetência da Justiça pátria, extinguiu, sem exame de mérito, Ação Ordinária proposta por cidadão brasileiro contra ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA - EUA, sob alegação de constituir-se em credor da promessa de recompensa publicamente efetivada pelo Estado recorrido, equivalente a US\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de dólares norte-americanos), porquanto, possuindo o dom da premonição, teria indicado o esconderijo do ex-ditador iraquiano Saddam Hussein, capturado aos 14.12.2003. [...] 4 - Contudo, em hipóteses como a vertente, [...], a atividade jurisdicional também encontra limitação externa, advinda de normas de Direito Internacional, consubstanciado aludido limite, basicamente, na designada “teoria da imunidade de jurisdição soberana” ou “doutrina da imunidade estatal à jurisdição estrangeira”.5 - *In casu*, seja com fulcro na distinção entre atos de império e gestão, seja com lastro na comparação das praxes enumeradas em leis internas de diversas Nações como excludentes do privilégio da imunidade, inviável considerar-se o litígio, disponente sobre o recebimento, por cidadão brasileiro, de recompensa prometida por Estado estrangeiro (EUA) enquanto participante de conflito bélico, como afeto à jurisdição nacional. Em outros termos, na hipótese, tal manifestação unilateral de vontade não evidenciou caráter meramente comercial ou expressou relação rotineira entre o Estado promitente e os cidadãos brasileiros, consubstanciando, ao revés, expressão de soberania estatal, revestindo-se de oficialidade, sendo motivada, de forma atípica, pela deflagração de guerra entre o Estado ofertante (EUA) e Nação diversa (Iraque), e consequente perseguição, por aquele, de desfecho vitorioso; por outro lado, não se inclui a promessa de recompensa, despida de índole negocial, entre as exceções habitualmente aceitas pelos costumes internacionais à regra da imunidade de jurisdição, quais sejam, ações imobiliárias e sucessórias, lides comerciais e marítimas, trabalhistas ou concernentes à responsabilidade civil extracontratual, pelo que de rigor a incidência da imunidade à jurisdição brasileira.6 - Ademais, releva consignar a previsão, em princípio, no tocante ao Estado estrangeiro, do privilégio da imunidade à execução forçada de bens de sua propriedade, eventualmente localizados em território pátrio, não obstante traduzindo-se tal argumento em mera corroboração à imunidade de jurisdição já reconhecida, porquanto “o privilégio resultante da imunidade de execução não inibe a justiça brasileira de exercer jurisdição nos processos de conhecimento instaurados contra Estados estrangeiros” (STF, AgRg RE nº 222.368-4/PE, Rel. Ministro Celso de Mello, D.J. 14.02.2003).7 - Mesmo vislumbrando-se, em tese, a incidência ao réu, Estado estrangeiro, das imunidades de jurisdição e execução a obstaculizar o exercício da atividade jurisdicional pelo Estado brasileiro, cumpre não olvidar a prerrogativa soberana dos Estados de renúncia a mencionados privilégios. 8 - Recurso Ordinário conhecido e provido para, reconhecendo-se a competência concorrente da autoridade judiciária brasileira, nos termos do art. 88, III, do CPC e, simultaneamente, as imunidades de jurisdição e execução ao Estado estrangeiro, *determinar o prosseguimento do feito, com a notificação ou citação do Estado demandado, a fim de que exerça o direito à imunidade jurisdicional ou submeta-se voluntariamente à jurisdição pátria.* (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma. Recurso Ordinário n. 39 - 2004/0088522-2/MG. Relator Ministro Jorge Scartezzini. Publicado no DJ em 06/03/2006). (grifos nossos)

Dessa forma, acabou-se por dar início à criação de um modo *sui generis* de notificação quando do ajuizamento de ação em face de Estado estrangeiro em caso de ato *jure imperii*, não previsto no ordenamento jurídico dentre as providências cabíveis ao juízo quando do recebimento da petição inicial. Daí que, nos termos da modalidade

utilizada, comunica-se o Estado, sendo-lhe dada a possibilidade de renunciar à imunidade, ou seja, de expressar seu consentimento ao exercício de jurisdição. Apenas após recebida tal comunicação e em caso de manifesta aquiescência é que se segue o trâmite processual como determinado na legislação processual, com o encaminhamento da citação propriamente dita ao Estado demandado.

No ponto, impõe-se destacar julgado de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha que, de forma explícita, fez constar ainda na ementa:

AÇÃO INDENIZATÓRIA DE DANOS PATRIMONIAIS E MORAIS. DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. TURISTA BRASILEIRO. INGRESSO EM PAÍS ESTRANGEIRO. IMPOSSIBILIDADE. DEPORTAÇÃO.1. Uma vez que foi reconhecida a imunidade de jurisdição ao Estado Estrangeiro, deve-se oportunizar-lhe a manifestação de sua opção pelo direito à imunidade jurisdicional ou pela renúncia a essa prerrogativa.2. Essa comunicação não é a citação prevista no art. 213 do CPC [antigo], e nem mesmo de intimação se trata, porquanto nenhum ônus decorre ao ente estrangeiro. Assim, as nulidades previstas para estes atos processuais não se aplicam à comunicação em questão.3. *O silêncio do representante diplomático, ou do próprio Estado Estrangeiro, deixando de vir compor a relação jurídico-processual, não importa em renúncia à imunidade de jurisdição.* 4. Recurso ordinário improvido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma. Recurso Ordinário n.85 - 2009/0044482-3/RS. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Publicado no DJ em 17/08/2009). (grifos nossos)

Evidente que se trata, pois, de uma evolução conceitual a fim de operacionalizar a prática processual de acordo com o Direito Internacional, sem que seja tolhida do Estado estrangeiro sua prerrogativa à imunidade de jurisdição – ainda que indiretamente, mediante a aplicação dos ônus decorrentes da citação e da intimação.

Cumpre destacar que, em que pese tratar-se a imunidade de jurisdição de Estado como regra procedural – que, portanto, afastaria qualquer incursão no mérito diante de sua análise preliminar – é possível verificar que a análise prévia do direito material que, violado, deu ensejo ao ajuizamento da ação impõe-se para a correta tomada de providências. Como exposto, ao falarmos de processo judicial em face de atos de gestão, correto está o tratamento do Estado como particular e, com isso, a determinação de sua *citação*; noutra senda, em versando a lide sobre atos de império, proceder-se-á inicialmente à *notificação*.

Tratando-se dos mais recentes julgados, tal entendimento é amplamente utilizado, inclusive conforme diversas decisões de relatoria da Ministra Nancy Andrighi³ que, em que pese já tendo se manifestado pela ciência ao Estado estrangeiro por meio da determinação de suacitaçõenos termos do antigo Código de Processo Civil,é categórica ao assentar que “[a] comunicação ao Estado estrangeiro não se trata da citação prevista no art. 213 do CPC [artigo 238 do NCPC], e nem mesmo de intimação, porquanto nenhum ônus decorre ao ente estrangeiro”, como abaixo exposto:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS

³ Dentre outros, cf. Recurso Ordinário n. 64/2008 de São Paulo, e Recurso Ordinário n. 70/2008 do Rio Grande do Sul.

MORAIS. TURISTA BRASILEIRO. INGRESSO EM PAÍS ESTRANGEIRO. DEPORTAÇÃO. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. INDEFERIMENTO DE CITAÇÃO DO ESTADO ESTRANGEIRO. CONHECIMENTO DA LIDE POR OUTROS MEIOS. MANIFESTAÇÃO EXPRESSA. DIREITO À IMUNIDADE JURISDICIONAL. OPÇÃO. MANIFESTAÇÃO EXPRESSA.1. Contra decisão interlocatória do Juiz Federal em processo no qual seja parte o Estado estrangeiro cabe a interposição de agravo de instrumento, que deve ser protocolizado diretamente na Secretaria desta Corte ou postado no correio dentro do prazo legal, a teor dos artigos 539 e 540 combinados com os artigos 524 e 525, do CPC.2. Uma vez reconhecida a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, deve ser dada a oportunidade para que ele manifeste sua opção pelo direito à imunidade jurisdicional ou pela renúncia a essa prerrogativa. 3. A comunicação ao Estado estrangeiro não se trata da citação prevista no art. 213 do CPC, e nem mesmo de intimação, porquanto nenhum ônus decorre ao ente estrangeiro.4. Em observância ao princípio da economia processual e da instrumentalidade das formas, deve se reconhecer que nota verbal, por meio da qual o país estrangeiro informa não aceitar a jurisdição nacional, direcionada ao Ministério das Relações Exteriores e trazida por esse aos autos, cumpre a contento a exigência de se oportunizar ao Estado acionado sua prévia oitiva, porquanto suficiente para que possa expressar e reafirmar a sua soberania, ainda que da existência da demanda o país estrangeiro tenha tomado conhecimento por meios não formais, como pela mídia. 5. Agravo de instrumento não provido.(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma. Agravo de Instrumento n. 1118724/RS. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Publicado no DJ em 02/03/2011). (grifos nossos)

Ressalta-se no referido julgado a possibilidade de que a resposta do Estado estrangeiro se dê por meio de nota verbal encaminhada ao Ministério das Relações Exteriores (MRE), restando afastadas as formalidades se a comunicação atinge seu fim. Nesse sentido, confira a ementa abaixo:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E INTERNACIONAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA AJUIZADA CONTRA ESTADO ESTRANGEIRO. AUTORIDADE JUDICIÁRIA BRASILEIRA. COMPETÊNCIA. LIMITES. RESPOSTA DO ESTADO ESTRANGEIRO. PROCEDIMENTO. 1. A imunidade de jurisdição não representa uma regra que automaticamente deva ser aplicada aos processos judiciais movidos contra um Estado estrangeiro. Trata-se de um direito que pode, ou não, ser exercido por esse Estado, que deve ser comunicado para, querendo, alegar sua intenção de não se submeter à jurisdição brasileira, suscitando a existência, na espécie, de atos de império a justificar a invocação do referido princípio. Precedentes. 2. Tendo o Estado estrangeiro, no exercício de sua soberania, declarado que os fatos descritos na petição inicial decorreram de atos de império, bem como apresentado recusa em se submeter à jurisdição nacional, fica inviabilizado o processamento, perante autoridade judiciária brasileira, de ação indenizatória que objetiva ressarcimento pelos danos materiais e morais decorrentes de perseguições e humilhações supostamente sofridas durante a ocupação da França por tropas nazistas. 3. A comunicação ao Estado estrangeiro para que manifeste a sua intenção de se submeter ou não à jurisdição brasileira não possui a natureza jurídica da citação prevista no art. 213 do CPC. Primeiro se oportuniza, via comunicação encaminhada por intermédio do Ministério das Relações Exteriores, ao Estado estrangeiro que aceite ou não a jurisdição nacional. Só aí, então, se ele concordar, é que se promove a citação para os efeitos da lei processual. 4. A nota verbal, por meio da qual o Estado estrangeiro informa não aceitar a jurisdição nacional, direcionada ao Ministério das Relações Exteriores e trazida por esse aos autos, deve ser aceita como manifestação legítima daquele Estado no processo.5. Recurso ordinário a que se nega provimento. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma. Recurso Ordinário n.99 - 2009/0195038-1/SP. RelatoraMinistra Nancy Andrighi. Brasília. Publicado no DJ em 07/12/2012). (grifos nossos)

Assim, depreende-se como consolidada a atual posição dos tribunais superiores brasileiros sobre o procedimento a ser inicialmente adotado quando do ajuizamento de ações em face de Estados estrangeiros, sopesada a natureza jurídica da citação – e da intimação – e a necessidade de que as regras de Direito Internacional sejam respeitadas. Com isso, a prática atual é de que os Estados, se demandados por atos *jure gestionis*, serão citados na forma em que prevista no ordenamento pátrio, ao passo que, acaso a lide venha a tratar sobre atos *jure imperii*, deverão tais Estados ser notificados, de modo que apenas dar-se-á o prosseguimento da ação – e, aí, com a devida citação – se expresso o consentimento para o exercício de jurisdição.

Há de se verificar nos julgados que se seguirem após a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, em 18 de março de 2016 – repita-se – se referido entendimento restará mantido. É que o novo diploma legal *deixou* de prever expressamente ônus decorrente da intimação, conceituando-a tão somente como “ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e dos termos do processo”, como antevê o artigo 269 do NCPC, motivo pelo qual poder-se-ia, em tese, substituir a figura da notificação ao Estado estrangeiro – o que, todavia, ainda depende da atualização jurisprudencial (em especial do STJ).

3.2 Os Casos de Extinção por Impossibilidade Jurídica do Pedido

Em que pese firmado o entendimento de que o Estado estrangeiro deve, no mínimo, ser cientificado da ação contra si interposta perante as cortes brasileiras, mormente porquanto “[a] imunidade de jurisdição não representa uma regra que automaticamente deva ser aplicada aos processos judiciais movidos contra um Estado estrangeiro” (BRASIL/STJ, 2012), determinadas ações foram julgadas extintas de pronto pelo juízo diante da impossibilidade jurídica do pedido, com fulcro no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil de 1973, em vigor quando do julgamento destas.

A possibilidade jurídica do pedido era então considerada uma das condições da ação, ou seja, pré-requisitos que “operam no plano da eficácia da relação processual” (THEODORO JUNIOR, 2013, p. 77), de modo que, ausente alguma delas – qualquer que fosse – estar-se-ia diante de carência de ação, impondo-se a extinção do feito. Nesta senda, o pedido deveria encontrar embasamento no direito material, de modo que se analisará a “viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte em face do direito positivo em vigor” (THEODORO JUNIOR, 2013, p. 79).

Nesse ponto, cumpre destacar importante julgado proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, o qual versou sobre pedido de indenização por danos materiais, morais, “de imagem e de existência” formulado pelos sucessores do ex-Presidente da República João Goulart em face dos Estados Unidos, diante de sua intervenção na deposição ocorrida em 1964. No caso, o juízo originário indeferiu a petição inicial e extinguiu o processo sem resolução de mérito, com fulcro no artigo 267,

incisos IV e VI, do Código de Processo Civil de 1973, vigente quando do julgamento. Remetido o caso à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, concluiu-se – ao fim e cabo – pela necessidade de retorno dos autos à origem, a fim de que fosse oportunizada a manifestação do Estado demandado. Veja-se a ementa do referido acórdão:

INTERNACIONAL, CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA CONTRA OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DO NORTE. INTERVENÇÃO DE CARÁTER POLÍTICO E MILITAR EM APOIO À DEPOSIÇÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA DO BRASIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DEMANDA MOVIDA PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. ATO DE IMPÉRIO. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO, POR VONTADE SOBERANA DO ESTADO ALIENÍGENA. PREMATURA EXTINÇÃO DO PROCESSO AB INITIO. DESCABIMENTO. RETORNO DOS AUTOS À VARA DE ORIGEM PARA QUE, PREVIAMENTE, SE OPORTUNIZE AO ESTADO SUPPLICADO A EVENTUAL RENÚNCIA À IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO.I. Enquadrada a situação na hipótese do art. 88, I, e parágrafo único, do CPC, é de se ter como possivelmente competente a Justiça brasileira para a ação de indenização em virtude de danos morais e materiais alegadamente causados a cidadãos nacionais por Estado estrangeiro em seu território, decorrentes de ato de império, desde que o réu voluntariamente renuncie à imunidade de jurisdição que lhe é reconhecida.II. Caso em que se verifica precipitada a extinção do processo de pronto decretada pelo juízo singular, sem que antes se oportunize ao Estado alienígena a manifestação sobre o eventual desejo de abrir mão de tal prerrogativa e ser demandado perante a Justiça Federal brasileira, nos termos do art. 109, II, da Carta Política. III. Precedentes do STJ.IV. Recurso ordinário parcialmente provido, determinado o retorno dos autos à Vara de origem, para os fins acima. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma. Recurso Ordinário n.57 - 2007/0081639-4/RJ. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Publicado no DJ em 14/09/2009).

De outra sorte, considerando reiteradas demandas semelhantes – todas envolvendo o abatimento de barco de pesca brasileiro afundado na costa do Brasil por navio alemão, durante período de guerra –, ajuizadas em face do Estado da Alemanha e nas quais este, ainda que notificado, jamais manifestou seu consentimento sobre o exercício de jurisdição pelas Cortes brasileiras, o juízo originário passou a extinguir as ações diante da impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que seria inviável processar e julgar feito em face de Estado estrangeiro por ato *jure imperii* sem que houvesse sua aquiescência – que, sabidamente, inexistia.

Com isso, submetida a questão à apreciação do STJ, diante de recursos interpostos, a Corte superior concluiu pela manutenção da extinção em casos repetitivos, como por exemplo:

AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - BARCO DE PESCA BRASILEIRO AFUNDADO NA COSTA BRASILEIRA, EM PERÍODO DE GUERRA, POR NAVIO ALEMÃO - ESTADO ESTRANGEIRO - IMUNIDADE ABSOLUTA - DECISÃO DO RELATOR NEGANDO SEGUIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO. IRRESIGNAÇÃO DOS AGRAVANTES. 1. A relativização da imunidade da jurisdição conta com o assentimento desta Corte Superior; mas, tão-somente, quando envolve relações natureza civil, comercial ou trabalhista, restando prevalente a imunidade ao se tratar de ato de império, como no presente caso. 2. A jurisprudência do STJ caminha no sentido de que não é possível a responsabilização da República Federal da Alemanha por ato de guerra, tendo em vista tratar-se de manifestação de ato de império. Precedentes: AgRg no RO

110/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe 24/09/2012); RO 72/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 08/09/2009); RO 66/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, DJe 19/05/2008). 3. Agravo regimental desprovido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma. Agravo Regimental no Recurso Ordinário n. 129 - 2012/0010078-0/RJ. Relator Ministro Marco Buzzi.. Publicado no DJ em 15/10/2014).

AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CONTRA ESTADO ESTRANGEIRO. ATO DE GUERRA. IMUNIDADE ABSOLUTA. 1. Em se tratando de ato de guerra, a imunidade de jurisdição é absoluta. 2. A República Federativa da Alemanha, em todas as ações de indenização idênticas à presente, decorrentes de afundamento do barco pesqueiro brasileiro Changri-Lá por um submarino alemão no litoral do Estado do Rio de Janeiro, quando citada, quedou-se silente, não havendo como compeli-la a responder ação indenizatória por ato de império. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma. Agravo Regimental no Recurso Ordinário n. 121 - 2011/0168440-7/RJ. Relator Ministro Ricardo Vilas BôasCueva. Publicado no DJ em 31/03/2014).

Além da considerada/cedida impossibilidade jurídica do pedido diante da ausência de consentimento, utilizou-se em diversas situações do permissivo constante no artigo 285-A do Código de Processo Civil de 1973, sendo mantida a extinção da ação igualmente diante de sentenças de total improcedência proferidas em casos idênticos, como se averigua da ementa colacionada na sequência:

DIREITO INTERNACIONAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. BARCO AFUNDADO EM PERÍODO DE GUERRA. ESTADO ESTRANGEIRO. IMUNIDADE ABSOLUTA. 1. Correto o posicionamento do julgador que, sob a égide do artigo 285-A do CPC, profere sentença antes da citação se a matéria trazida pelo autor da ação for exclusivamente de direito e se o juízo sentenciante tiver proferido mais de uma sentença sobre a mesma matéria. 2. A questão relativa à imunidade de jurisdição, atualmente, não é vista de forma absoluta, sendo excepcionada em hipóteses diversas. Contudo, em se tratando de atos praticados numa ofensiva militar em período de guerra, a imunidade *acta jure imperii* é absoluta, não comportando exceção. 3. Agravo desprovido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma. Agravo Regimental no Recurso Ordinário n. 65-2008/0014277-2/RJ. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Publicado no DJ em 03/05/2010).

Tal posição destoa da ideia de que a imunidade de jurisdição é uma prerrogativa passível de renúncia, em havendo interesse, uma vez que não é concedida ao Estado a chance de se manifestar no ponto – tampouco ter ciência sobre o ajuizamento da ação. Noutra senda, contudo, há de se considerar que não existiria qualquer razão para a movimentação da máquina judiciária, com comunicações envolvendo ainda outros órgãos – como o MRE – quando já sabido o resultado e permitida pela legislação a extinção *prima facie*.

Calha ressaltar, apenas, que a redação trazida pelo NCPC acabou por *excluir* impossibilidade jurídica do pedido como condição da ação; porém, o novo regramento trouxe no seu bojo a possibilidade de o juiz *não resolver o mérito*, nos termos do artigo 485, inciso VI, quando o mesmo “*verificar ausência de interesse processual*”, tal como ocorreria nos casos em que o Estado estrangeiro silencia quando do recebimento da notificação de ação judicial proposta contra si.

Ademais, no NCPC há a possibilidade de o juiz declarar a improcedência liminar do pedido, independentemente da “citação” do réu, diante da contrariedade da ação proposta à “*entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência*”, como aponta o artigo 332, inciso III; ou, ainda, em razão da existência de “*acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos*”, como aponta o inciso II do referido artigo do NCPC.

3.3 Do Trâmite da Ação, da Sentença e da Execução.

Ultrapassadas as questões preliminares, caso o Estado tenha se manifestado no sentido de consentir com o exercício de jurisdição pelas cortes internas ou, ainda, em situações nas quais o Estado equipara-se ao particular – ou seja, quando de atos *jure gestionis* –, o trâmite da ação segue o rito normal ao qual se submete o feito, até que sobrevenha prolação de sentença. Nesse sentido, impõe-se destacar que o consentimento não é ato revogável (BREAU, 2006, p. 66), não sendo admitido que o Estado invoque sua prerrogativa à imunidade de jurisdição em momento avançado do trâmite processual – mormente se vislumbradas poucas chances de êxito.

De outra sorte, ainda que não expressa pelo Estado demandado sua aquiescência para o exercício de jurisdição, determinados atos têm o condão de caracterizar o chamado – e já mencionado – consentimento tácito. Este é verificado “quando um Estado institui, intervém ou participa em relação ao mérito do procedimento judicial” (SILVA, 2012, p. 52), ou seja, quando o Estado colabora ativamente com o trâmite do processo. Nesse sentido, se o Estado demandado manifestar-se para fins de alegar sua imunidade de jurisdição ou, eventualmente, para obter informações que o auxiliem na formulação de tal argumento, preserva-se a prerrogativa; noutra senda, acaso o Estado participe do processo, promovendo sua tramitação, depreende-se seu consentimento tácito a autorizar o prosseguimento da ação.

Não obstante, a tramitação processual segue a legislação em vigor, inexistindo quaisquer disposições específicas no ponto, de modo que a instrução dar-se-á da mesma forma como nos processos ajuizados em face de pessoas físicas ou de pessoas jurídicas de direito público ou privado interno.

Encerrada a instrução e apresentadas razões finais, em sendo a situação, dar-se-á a prolação de sentença, nos termos da legislação processual civil, nos termos do art. 366 do NCPC (correspondente aos artigos 456 e 459 do antigo Código). Destaca-se que, em se tratando de ação que busca condenação pecuniária – em regra, a título de indenização por danos causados, como se depreende da maior parte dos julgados trazidos à apreciação das Cortes brasileiras –, proceder-se-á à execução em caso de eventual procedência em desfavor do Estado estrangeiro.

O Direito Internacional trata eventual execução em face de Estado soberano de forma autônoma em relação ao exercício de jurisdição, de modo que, ainda que

o ente demandado tenha apresentado expressa aquiescência para o julgamento de determinada ação pelas cortes internas de outrem, tal consentimento não se estende à execução. Dessa forma(e considerando que, até recentemente, o processo civil brasileiro igualmente embasava-se pela autonomia entre o a fase de conhecimento e o cumprimento da sentença⁴), o STF firmou seu entendimento no sentido de que o óbice apresentado à execução não impede que as cortes internas exerçam jurisdição, se devida e independentemente autorizada a providência.

Veja-se julgado proferido nesse sentido, quando ainda em vigor a original redação do Código de Processo Civil de 1973:

IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO - RECLAMAÇÃO TRABALHISTA - LITÍGIO ENTRE ESTADO ESTRANGEIRO E EMPREGADO BRASILEIRO - EVOLUÇÃO DO TEMA NA DOUTRINA, NA LEGISLAÇÃO COMPARADA E NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DA IMUNIDADE JURISDICIONAL ABSOLUTA À IMUNIDADE JURISDICIONAL MERAMENTE RELATIVA - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. OS ESTADOS ESTRANGEIROS NÃO DISPÕEM DE IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO, PERANTE O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO, NAS CAUSAS DE NATUREZA TRABALHISTA, POIS ESSA PRERROGATIVA DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO TEM CARÁTER MERAMENTE RELATIVO. - O Estado estrangeiro não dispõe de imunidade de jurisdição, perante órgãos do Poder Judiciário brasileiro, quando se tratar de causa de natureza trabalhista. Doutrina. Precedentes do STF (RTJ 133/159 e RTJ 161/643-644). - Privilégios diplomáticos não podem ser invocados, em processos trabalhistas, para coonestar o enriquecimento sem causa de Estados estrangeiros, em inaceitável detrimento de trabalhadores residentes em território brasileiro, sob pena de essa prática consagrar censurável desvio ético-jurídico, incompatível com o princípio da boa-fé e inconciliável com os grandes postulados do direito internacional. O PRIVILÉGIO RESULTANTE DA IMUNIDADE DE EXECUÇÃO NÃO INIBE A JUSTIÇA BRASILEIRA DE EXERCER JURISDIÇÃO NOS PROCESSOS DE CONHECIMENTO INSTAURADOS CONTRA ESTADOS ESTRANGEIROS. - A imunidade de jurisdição, de um lado, e a imunidade de execução, de outro, constituem categorias autônomas, juridicamente inconfundíveis, pois - ainda que guardem estreitas relações entre si - traduzem realidades independentes e distintas, assim reconhecidas quer no plano conceitual, quer, ainda, no âmbito de desenvolvimento das próprias relações internacionais. A eventual impossibilidade jurídica de ulterior realização prática do título judicial condenatório, em decorrência da prerrogativa da imunidade de execução, não se revela suficiente para obstar, só por si, a instauração, perante Tribunais brasileiros, de processos de conhecimento contra Estados estrangeiros, notadamente quando se tratar de litígio de natureza trabalhista. Doutrina. Precedentes. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 222368/PE. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília. Publicado no DJ em 30/04/2003).

Com significativa alteração na legislação processual civil quando da inclusão de dispositivos no referido diploma legal, que, em síntese, tornaram a execução de sentença como fase de um procedimento único, não mais demandando ação autônoma como apontava o art. 475-I e seguintes da antiga legislação processual civil, restando essa posição consolidada nos termos dos artigos 513 e seguintes do NCPC, bem

4 Previsão alterada com a inclusão do art. 475-I e seguintes ao Código de Processo Civil de 1973, introduzindo a ideia de cumprimento de sentença como fase processual, não mais como ação autônoma e independente. Atualmente, o NCPC trouxe o mesmo entendimento no artigo 513 e seguintes, em sua redação que passou a vigorar em 18 de março de 2016.

como diante da evolução no que tange à limitação da soberania dos Estados – como já exposto, com ascensão da teoria restritiva –, há de se aguardar novos julgamentos no ponto, a fim de que seja possível vislumbrar se o entendimento interno seguirá em consonância com a posição do Direito Internacional.

Por fim – e apenas para que não passe em brancas nuvens, uma vez que refoge ao escopo do presente artigo –, é importante destacar que, apesar de inexistente no Brasil, até a presente data, legislação versando acerca da imunidade de jurisdição de Estado, tramitou o Projeto de Lei nº 3276/2012 – apensado ao Projeto de Lei nº 245/2011 –, que pretendia regular execução de bens de Estados estrangeiros no que tange a ações trabalhistas e restou arquivado, em 06 de abril de 2015, diante de sua rejeição perante a Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conhecida e reconhecida como regra de Direito Internacional, a imunidade de jurisdição obsta que as cortes internas de um Estado processem e julguem ações movidas em face de outro, de modo que o presente artigo utilizou-se de tal conceito com a finalidade de analisar os procedimentos adotados pelos tribunais brasileiros para sua aplicação, notada e precisamente nos casos de ações de natureza cível.

Em que pese recentemente redigido o Novo Código de Processo Civil, que passou a vigorar em 18 de março de 2016, trazendo significativas inovações ao direito procedural pâtrio, silente ainda a legislação no que tange às específicas determinações relacionadas à imunidade de jurisdição, de modo que os julgadores acabam por proferir suas lições nesse sentido a cada caso que aporta para sua análise.

Nesta senda, depreende-se que a figura da citação – usada como praxe em correlatas ações – restou substituída pela simples comunicação, afastando-se igualmente a possibilidade de intimação do Estado demandado, diante do ônus daí previsto nos termos do vigente o Código de Processo Civil de 1973. Com a recente alteração na lei processual, no ponto, há de se aguardar o rumo a ser seguido pelos Tribunais Superiores.

Verifica-se, ainda, que dada a natureza jurídica de tais providências, estas podem ser admitidas apenas se o eventual exercício de jurisdição se der pela prática de atos de caráter *jure gestionis* pelos Estados réus, uma vez que, aí, equiparam-se a particulares. Reside aí, inclusive, a problemática atinente à caracterização de imunidade de jurisdição como prerrogativa *procedimental*, uma vez que a incursão no mérito é indispensável, na prática, para fins de utilização do meio de comunicação adequado, seguindo-se das providências cabíveis.

Ademais, mesmo que firmado o entendimento acerca da necessidade de notificação do Estado demandado, são encontrados casos de extinção da ação diante da impossibilidade jurídica do pedido, com base nas repetitivas demandas idênticas

que não trouxeram o consentimento do ente réu. Há de se questionar: tal procedimento não viria a tolher de forma precoce eventual interesse do Estado demandado na solução da lide? É que, conforme amplamente assentado pelo Superior Tribunal de Justiça, a renúncia à imunidade igualmente se trata de prerrogativa do Estado, devendo haver ao menos sua científicação para que, querendo, a exerça. Cumpre destacar, ainda, que também se mostra prematura a aplicação das determinações atinentes a julgados repetitivos, uma vez que – repita-se – não se poderia presumir que determinado Estado restará silente única e exclusivamente diante do fato de que o fez em situações anteriores.

Ultrapassada, por fim, a fase inicial do processo, com sua tramitação regular, novo empecilho é encontrado com o deslinde da ação, após prolatada sentença, uma vez que as limitações trazidas pelo Direito – interno e internacional – obstam sua execução, a destituindo da eficácia prática necessária. Assim, processos com trâmite regular e legal – por vezes contando com o consentimento expresso do Estado demandado – acabam por gerar sentenças inexequíveis, traduzindo-se em desperdício prático da atuação da máquina judiciária.

Com isso, conclui-se que, da mesma forma que as relações entre os Estados estão em constante evolução, seria este o momento do Brasil se adequar ao ordenamento internacional e editar lei própria suprindo todas essas lacunas, ao menos no que lhe compete, ou seja, padronizando o procedimento a ser adotado e garantindo a segurança jurídica com a uniforme aplicação da legislação em casos correlatos.

REFERÊNCIAS

- BANKAS, Ernest K. **The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts**. NYC: Springer, 2005.
- BARROSO, Darlan. **Manual de Direito Processual Civil**: Teoria Geral e Processo de Conhecimento. Volume 1. Barueri, SP: Manole, 2007.
- BRASIL. Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil.
- _____. Lei nº 13105, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil.
- _____. **Projeto de Lei nº 245**. 2011.
- _____. **Projeto de Lei nº 3276**. 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Recurso Ordinário n. 6 - 1997/0088768-5/RJ**. Relator Ministro Garcia Vieira. Brasília. Publicado no DJ em 10/05/1999.
- _____. Quarta Turma. **Recurso Ordinário n. 39 -2004/0088522-2/MG**. Relator Ministro Jorge Scartezzini. Brasília. Publicado no DJ em 06/03/2006.
- _____. **Recurso Ordinário n. 85 - 2009/0044482-3/RS**. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Brasília. Publicado no DJ em 17/08/2009.
- _____. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário n. 65- 2008/0014277-2/RJ**. Relator Ministro

João Otávio de Noronha. Brasília. Publicado no DJ em 03/05/2010.

_____. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário n. 129 - 2012/0010078-0/RJ.** Relator Ministro Marco Buzzi. Brasília. Publicado no DJ em 15/10/2014.

_____. Terceira Turma. **Recurso Ordinário n. 64 2008/0003366-4/SP.** Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília. Publicado no DJ em 23/06/2008.

_____. **Recurso Ordinário n. 70 - 2008/0056392-3/RS.** Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília. Publicado no DJ em 23/06/2008.

_____. **Recurso Ordinário n. 57 - 2007/0081639-4/RJ.** Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília. Publicado no DJe em 14/09/2009.

_____. **Agravo de Instrumento n. 1118724 - 2008/0264272-6/RS.** Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília. Publicado no DJ em 02/03/2011.

_____. **Recurso Ordinário n. 99 - 2009/0195038-1/SP.** Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília. Publicado no DJ em 07/12/2012.

_____. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário n. 121 - 2011/0168440-7/RJ.** Relator Ministro Ricardo Vilas BôasCueva. Brasília. Publicado no DJ em 31/03/2014. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 5826/PR.** Relatora Ministra Carmen Lúcia. Brasília. Publicado no DJ: 03.08.2015.

_____. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário nº 546609/DF.** Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília. Publicado no DJ em 30/05/2014.

_____. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 222368/PE.** Relator Ministro Celso de Mello. Brasília. Publicado no DJ em 30/04/2003.

BREAU, Susan. Waiver of Immunity. In: HAFNER, Gerhard; KOHEN, Marcelo; BREAU, Susan. **State Practice Regarding State Immunities / La Pratique des États concernant les Immunités des Etats.** Hague: Martinus NijhoffPublishers, 2006. Cap.4.

CHAMLONGRASDR, Dhisadee. **Foreign State Immunity and Arbitration.** Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Caso das Imunidades Jurisdicionais dos Estados** (Alemanha v. Itália; Grécia intervindo). Julgamento. 3 de Fevereiro de 2012.

_____. **Caso Yerodia**(Congo v. Bélgica). Resp. Memorial (Bélgica), 2001.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil.** 4^a ed. Buenos Aires: B de F, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil:** Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Volume 1. Salvador: 2010.

FOROWICZ, Magdalena. **The Reception of International Law in the European Court of Human Rights.** NYC: Oxford University Press, 2010.

JO, HeeMoon. **Moderno Direito Internacional Privado.** São Paulo: LTr, 2001.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil.** Volume 1. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MCGREGOR, Lorna. Adressing the Relationship Between State Immunity and Jus Cogens Norms: A Comparative Assessment. In: KALECK, Wolfgang [et al]. **International Prosecution of Human**

Rights Crimes. NYC: Springer, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta da ONU.** 1945.

SILVA, Nathália Yasmini Hoffmann da. **Imunidade de Jurisdição de Estado: Uma Questão Procedimental.** 2012. 96 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter, Curso de Direito, Canoas, 2012.

WATTS, Sir Arthur. **The International Law Comission 1949 – 1998.** Volume III: Final Draft Articles and Other Materials. New York: Oxford University Press, 1999.

WAMBIER. Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil:** Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 13^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DESCOLONIZAR PARA COOPERAR: RUMO À DISTRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DE JUSTIÇA

José Edmilson de Souza Lima

Universidade Federal do Paraná, Pós-Graduação
em Meio Ambiente e Desenvolvimento
(PPGMADE)

Curitiba – Paraná

Roberto José Covaia Kosop

Universidade Federal do Paraná, Pós-Graduação
em Meio Ambiente e Desenvolvimento
(PPGMADE)

Curitiba – Paraná

Hipermodernidade; Sociologia Jurídica.

ABSTRACT: The present article deigned to demonstrate that in order to implement the principle of solidarity, which has a contemporary form in the Brazilian legal system as cooperation, necessarily, subjects of law need to re-evaluate the forms of self-knowledge and externalization of legal knowledge to effectively achieve the social and economic objectives set forth in the constitutional text. Based on an interdisciplinary perspective, especially based on sociological knowledge, it can be concluded that in the hypermodern times of structural reassessment of juridical principles, in order to carry out the constitutional and procedural cooperation, the Brazilian juridical episteme can find in decolonization instruments capable of emancipation .

KEYWORDS: Descolonialization; Hypermodernity; Legal Sociology.

1 I INTRODUÇÃO

O atual cenário econômico brasileiro demonstra pontos de revaloração conceitual, externalizando preocupações com o homem e sua dignidade, aforado em uma carga axiológica significativa para moldar todo o ordenamento

RESUMO: O presente artigo se dignou a demonstrar que para se efetivar o princípio da solidariedade, tido de forma contemporânea no ordenamento jurídico brasileiro como cooperação, necessariamente, os sujeitos de Direito precisam reavaliar as formas de auto-conhecimento e de externalização dos saberes legais para, efetivamente, atingir os objetivos sociais e econômicos previstos no texto constitucional. Partindo de uma perspectiva interdisciplinar, em especial, calcada em conhecimentos sociológicos, conclui-se que, em tempos hipermodernos de reavaliação estrutural dos princípios jurídicos, para se efetivar a cooperação prevista constitucional, e processualmente, a episteme jurídica brasileira pode encontrar na descolonização instrumentos hábeis à emancipação.

PALAVRAS-CHAVE: Descolonialização;

jurídico. O núcleo dos direitos sociais se encontra ligado diretamente com tal princípio, sendo indispensável que para uma vida digna, haja a devida distribuição de justiça dentro da complexa rede social contemporânea. Logo, as transformações sociais implicam em uma alteração das codificações que guiam o coletivo para, não somente promover uma revolução metafísica de conceitos, mas de adaptação aos novos pactos e necessidades porvindouras das relações humanas.

As oposições e polarizações culturais deixaram de existir e “nos tempos hipermodernos, a cultura tornou-se um mundo cuja circunferência está em toda parte e o centro em parte alguma” (LIPOVETSKY; SERROY, 2011, p. 8). O mundo geral e sem barreiras é visualizado pelo indivíduo que tenta adaptar a cultura jurídica para um território que não mais fornece as barreiras geográficas e territoriais para seu sadio exercício. Exemplos de tais manifestações podem ser vislumbrados na mercantilização da cultura por intermédio do mundo midiático e do “*cibermundo*”, ao tornarem-se atividades novas que carecem de regulamentações.

Percebe-se, portanto, que o ritmo de mudanças é esquizofrênico, determinando uma liquidez capaz de alterar as percepções tanto do sujeito moderno quanto do sujeito pós-moderno, enquanto o primeiro cultuava o excesso em uma cultura moderada e o segundo, o inverso. Infelizmente, a era da globalização trouxe este malefício: o imediatismo e utilitarismo que vigoram até mesmo a influenciar o sujeito a tratar a modernidade como algo concreto e passado, trazendo a noção de velocidade em sua necessidade de criação em um período de crise, ou seja, “os contramodelos de sociedade evaporaram, perderam o essencial de sua credibilidade. Assim, a supervvalorização do futuro cedeu passagem ao superinvestimento no presente e a curto prazo” (LIPOVETSKY; SERROY, 2011, p. 13). Designa-se, no presente estudo, o ambiente pluralista e cultural como *Hipermoderno*, tal como o fez Gilles Lipovetsky (2004), crendo na desorientação do mundo, da cultura jurídica e da insegurança acerca da matéria estrutural.

Com a cultura-mundo, aumentam a tomada de consciência da globalidade dos perigos, o sentimento de viver em um mundo único feito de interdependências crescentes. Na era hipermoderna, afirma-se a cosmopolitização dos medos e das imaginações, das emoções e dos modos de vida. (LIPOVETSKY; SERROY, 2011, p. 17).

O fato de a incerteza dominar o campo epistemológico demonstra um caráter positivo desta nova cultura jurídica, pois ela está se questionando e, como foi apresentado, este é um passo rumo à formação de novas tradições.

Mesmo que se demonstre a velocidade das relações, o Brasil enfrenta obstáculos socioeconômicos que dificultam sua evolução. A fim de amenizar tais chagas, a mudança legislativa, por si só, não basta. Os paradigmas sociais necessitam ser revistos e as técnicas interpretativas, tanto subjetiva quanto objetivamente, precisam ser repaginadas para se adaptarem às proposições ideais inseridas no texto constitucional.

Constando no preâmbulo o compromisso de uma sociedade fraterna e pluralista, a Constituição Federal de 1988 resgatou o princípio da fraternidade calcado no liberalismo europeu e no constitucionalismo social. De outro lado, o Código de Processo Civil de 2015, trouxe o Princípio da Cooperação, ao lado da boa-fé, como uma diretriz do agir para todos àqueles envolvidos em um processo judicial. Entretanto, verifica-se que, mesmo emanando validade, as codificações encontram dificuldades para serem instrumentos de eficácia social, trazendo ao território insegurança para com os agentes jurídicos e desencanto voltado ao ordenamento como manifestação do Direito. Desta forma, propõe-se, no presente estudo, uma reavaliação conceitual de como os sujeitos percebem o Direito e, a partir de tanto, trazer uma nova visão ao Princípio da Cooperação e consequente distribuição de justiça no território nacional brasileiro.

O presente artigo utiliza-se do método dedutivo para uma pesquisa eminentemente bibliográfica. Ao fim, evidencia-se conclusões dentro de uma temática ainda não esgotada e, tendo como base, autores da Sociologia e do Direito, travar um debate interdisciplinar e crítico para rever os conceitos jurídicos que embasam o debate social.

2 | ANÁLISE SÓCIO-ECONÔMICA DO DIREITO

Conforme o já exposto, a Constituição de 1988 introduziu novos parâmetros democráticos e normativos ao Direito. A compreensão dos fenômenos jurídicos não mais se restringe aos textos legais, devendo, portanto, ultrapassar os limites do entendimento corriqueiro e tradicional das teorias dos conhecimentos especificados em manuais.

Em que pese juristas contemporâneos brasileiros se auto caracterizem como “pós-positivistas” e diversas propostas hermenêuticas já tenham sido superadas e rejeitadas nos grandes centros da cultura jurídica, vícios ainda persistem, admitindo censuras prévias às demais ciências, em prol de suposto fortalecimento epistemológico.

Por estar se indagando constantemente, o Direito se faz da *reflexividade*¹ como um processo mediante o qual a ação de perguntar se volta àquele que pergunta efetivamente. Mesmo que o isolamento positivista tenha imperado na jurisprudência moderna ocidental, pelo menos nos últimos 150 anos, as convenções tradicionais jurídicas merecem o questionamento que vem ocorrendo, seja por uma perspectiva sociológica ou deontológica.

A desmobilização da unidade que o positivismo criou, incomoda e desestabiliza as estruturas até então estáveis de pensamento. Entretanto, manter o campo jurídico em quarentena é o mesmo que negar a eminent evolução epistemológica. “O homem

1 O Direito reflexivo existe como entendimento compartimentado entre programas relacionais e complementares. “O conceito de direito reflexivo supõe atingir uma etapa de desenvolvimento do direito contemporâneo necessariamente acoplada com a evolução das sociedades complexas e a evolução das funções do Estado moderno dentro dessas sociedades. O conceito realça as relações mútuas entre o modo de funcionamento de uma sociedade e seu direito”. (ARNAUD, 1999, p. 678).

pós-moderno vive o paradoxo do adensamento da opressão e da fragilidade pessoal” (BITTAR, DE ALMEIDA, 2015, p. 11), portanto as ciências que dele provém, também sentem esta falha estrutural, que pode levar à perda das hegemonias. O jurista e o intérprete legal devem abraçar a mudança como uma velha amiga, na condição de conservar o que lhes cabe e ainda, atualizar o necessário a ensinar novas gerações, necessariamente, por intermédio de estudos interdisciplinares².

Quando agem no subsistema científico, as pessoas não devem abraçar a estratégia de estigmatizar seus “adversários”, visto que atitudes desse tipo acarretam a desnaturação do código diferença racional-não racional, culminando no abandono eventual desse jogo de linguagem, e, em última instância, na desnaturação da própria ciência. Infelizmente, no entanto, essa é uma postura comum no Brasil. (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 123).

A concepção objetiva do Direito, de regular os comportamentos humanos, tem-se aliada à sociologia e à economia, criando um campo de conhecimento que objetiva “empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas” (JUNIOR, 2011, p. 18).

Assim, a investigação do Direito, a partir de uma *análise econômica*³, permite que as consequências de uma norma ou de um ato jurídico, sejam verificadas em outros planos, alheios ao Direito por si só. Uma ampliação empírica que auxilia na identificação dos problemas sociais e das prováveis reações dos envolvidos. Tratando-se no presente do Princípio da Cooperação, a análise econômica do Direito se faz mister para que se avalie as opções de atuação do sujeito racional e da possibilidade que este tem de agir com boa-fé e fraternidade, tanto para com o processo quanto para a sociedade na qual se encontra inserido.

A análise econômica do fenômeno jurídico parte da premissa de que, quando depare com mais de uma opção de atuação, ou mais de uma conduta Possível, o homem racional inevitavelmente levará em consideração a relação custo-benefício entre as opções Possíveis de modo a optar pela que melhor atende aos seus interesses.

2 Por interdisciplinaridade, pertinente o seguinte recorte: “A interdisciplinaridade não é uma simples técnica, mas uma postura, um modo de pensar e agir, é um exercício diário de raciocínio que ultrapassa os bancos escolares para interagir com o mundo complexo. Significa dizer que embora as unidades curriculares (disciplinas) sejam ministradas separadamente, devem interagir umas com as outras e com outras áreas do conhecimento, buscando, desta forma, explorar caminhos adequados a uma formação crítica, integral e transformadora.” (ALVES, 2006, p. 103).

3 A fim de romper barreiras de isolamento positivista, a aproximação entre Direito e Economia é uma necessidade imposta por relevantes e complexas questões pertinentes ao âmbito social, como um ser global. Encontra-se dificuldade em resolver as problemáticas apresentadas, vez que as mesmas superam meros limites doutrinários e científicos de delimitações paradigmáticas. “Em especial, no Brasil, há um descolamento entre a pesquisa em Economia, baseada em grande medida nas contribuições de autores anglo-saxões, e o ambiente jurídico local, cujas práticas e modo de funcionamento tem referências mais fortes no direito romano. Economistas ainda ignoram quais são as implicações do ambiente jurídico brasileiro, de suas particularidades institucionais, sobre o estudo de contratos. É Possível que essa deficiência da perspectiva econômica dos contratos tenha algumas implicações sobre os resultados até agora alcançados. A agenda está aberta, e seus resultados parecem promissores” (SZTAJN, ZUL-BERSZTAJN; AZEVEDO, 2005, p. 133)

(BITTENCOURT, 2011, p. 28).

Verifica-se que na rede social contemporânea, o individualismo empresarial tende à extinção, vide a impossibilidade de crescimento sem alianças e cooperações. A eficiência na adaptação é maior que a necessidade de distribuição para o crescimento em longo prazo. Seja em caráter pessoal ou governamental, “los sistemas políticos y económicos de éxito han desarrollado estructuras institucionales flexibles que pueden sobrevivir a las sacudidas y cambios que son parte del desarrollo próspero.” (NORTH, 1998, p. 137).

Demonstra-se, portanto, que as posições particularistas e individualistas devem ser abandonadas pelo cientista jurídico, adotando um método científico moderno que multiplique as ideologias das correntes diversas do mundo plural⁴. Desta forma, ao passo que se reconheceu o pluralismo jurídico, fundante de uma nova cultura no Direito, tal como expõe Antonio Carlos Wolkmer (2015), perceber que a racionalidade humana é limitada, possibilitou-se o aditamento de fatores que, diretamente, influenciaram na retomada de escolhas e negócios conjuntos a outros indivíduos. Cooperar torna-se essencial à criação de novas relações legitimadas para criar projetos capazes de materializar o proposto no texto constitucional.

Logo, o mito da racionalidade absoluta, ao ser sobrepujado por considerações que contemplam fatores irracionais, compromete a própria premissa das teorias clássicas, afetando a conclusão que via na afirmação das rationalidades absolutas o motor para a realização de negócios maximizadores da eficiência geral. (RIBEIRO, 2011, p. 68).

Naturalmente, a dogmática jurídica tem-se afastado para contemplar um ordenamento que vislumbre a realidade econômica e social inerentes, sendo necessária a cooperação entre indivíduos para a devida manutenção do texto constitucional e permissão de sua eficácia. O Estado, por sua vez, sempre desenvolveu atividade econômica, porém, “agora o faz sob e a partir de renovadas motivações e mediante a dinamização de instrumentos mais efetivos, o que confere substância a essas políticas.” (GRAU, 1997, p. 15). No tocante à cooperação, ou seja, fraternidade, somente é lograda em um ambiente no qual o Estado permita o desenvolvimento individual e que os sujeitos se distanciem das ideologias do egoísmo e da competição como forças motrizes do desenvolvimento econômico.

O Direito, por outro lado, atua na sociedade não somente através de leis e entendimentos jurisprudenciais. Sua essência social se verifica em uma dimensão informal, com vivências práticas e concretas. Destarte, a realidade econômica não pode ser deixada de lado para se analisar qualquer princípio vigente no ordenamento pátrio.

4 A compreensão de modernidade é controversa em vários campos epistemológicos, porém, tem-se claro que nasceu um novo projeto de estudo das ciências, logo, um novo domínio e uma técnica. “Esta técnica não é uma mera consequência secundária do novo conhecimento da natureza – também não é apenas o seu pressuposto técnico – mas só translada o seu conhecimento para a prática, ao tornar calculável a intervenção nas condições iniciais mediante a computabilidade dos efeitos” (GADAMER, 2001, p. 74). A reivindicação de novos conhecimentos define a libertação de poderes diferenciais e forças interpretativas capazes de trazer autonomia e emancipação.

As consequências econômicas e os valores de mercado passaram a desempenhar um enorme papel social, quase que tornando-se um domínio imperial. A lógica das relações alterou-se, não sendo aplicada exclusivamente a bens materiais.

A era do triunfalismo de mercado chegou ao fim. A crise financeira não serviu apenas para por em dúvida a capacidade dos mercados de gerir os riscos com eficiência. Generalizou também a impressão de que os mercados desvincularam-se da moral e de que de alguma forma precisamos restabelecer este vínculo. (SANDEL, 2015, p. 12).

Neste tocante, envolvendo-se nos mesmos questionamentos acima, baseando-se nas preocupações morais inerentes a Economia e nas consequências jurídicas da análise econômica do Direito, desprende-se o princípio da cooperação, ou fraternidade, para, posteriormente, apresentar a descolonização de pensamento como um passo essencial à restabelecer o vínculo moral das relações humanas para com o mercado e com o ordenamento vivo e plural.

3 | O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

A condição humana, inevitavelmente, traz infelicidades e descompassos no tocante as suas necessidades diante dos recursos, sejam naturais ou artificiais disponíveis para atingir os objetivos pretendidos. “Todo ser humano busca individualmente a maximização da sua utilidade de forma infinita em um mundo cujos bens são finitos” (AGUSTINHO, 2011, p. 52). Desta forma, as relações humanas, em um primeiro momento, tendem a ser antagônicas, justamente, pela falta de compreensão de que, uma finalidade pode ser comum entre ambas as partes, ao passo que a comunhão de saberes pode gerar um fenômeno que traga múltiplos benefícios.

O Princípio da Cooperação (Fraternidade, ou ainda, Solidariedade) visa ao desenvolvimento social e econômico, de uma forma harmônica para, não somente auferir, mas distribuir riquezas e garantir a subsistência justa de uma certa coletividade. Busca-se minimizar os desequilíbrios territoriais a fim de fornecer um avanço igualitário que extinga as desigualdades regionais.

Em particular, o Princípio da Solidariedade está estreitamente ligado ao Direito Econômico, pois, ele pode e deve ser invocado quando da elaboração das estratégias governamentais, do planejamento e das políticas econômicas dos Estados e quando da promoção do desenvolvimento econômico-social de regiões de Estados ou da Comunidade de Estados. (ABRANTES, 2004, p. 136).

Por um lado, requer-se do Estado os meios e mecanismos necessários à concretização de diversos direitos e, por outro, dos indivíduos que reconheçam o “Outro” como parte de “si” para desenvolverem atividades que agreguem valores sociais e compactuem com o texto constitucional.

O Princípio da Cooperação, tendo por seu núcleo a solidariedade, é de difícil

compreensão, pois transcende barreiras, até então, tidas como antagônicas. Desta forma,

(...) é compreensível a dificuldade para incluir a fraternidade como categoria jurídica constitucional, tendo-se em vista que ela é, via de regra, compreendida como um agir espontâneo, destituído de "coatividade", incompatível, portanto, com o direito (LAZZARIN, 2015, p. 96).

Para melhor demonstrar a abrangência deste princípio, verificar-se-á sob três óticas: i) *constitucional*; ii) *processual civil* e iii) *internacional*.

3.1 Ótica Constitucional

Na Constituição brasileira, destacam-se os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, igualdade, do pacto republicano, da solidariedade, entre outros. O Princípio Constitucional da Cooperação está presente quando há um ente em que se impõe a partilha, a divisão, distribuição de encargos, sucessos e troca de experiências. Desta forma, o princípio visa ao desenvolvimento econômico com a inserção de todos os entes estatais no contexto de subsistência, ou seja, reciprocidade em prol da igualdade.

Assim, o Princípio da Solidariedade oferece subsídios e fundamentos para a implementação de outros princípios, como o do equilíbrio institucional, da coesão, da interdependência, da multilateralidade, da não discriminação entre Estados ou regiões (ABRANTES, 2004, p. 131).

Há uma forte tendência de desaparecimento do individualismo, seja estatal ou pessoal, em nome do equilíbrio e colaboração para a redenção de todos no respeito aos direitos fundamentais e melhoria da vida dos cidadãos.

Mesmo que de forma tímida, a cooperação (ainda denominada de fraternidade), pode ser aplicada mediante a efetivação ou ponderação de demais princípios que se entrelacem mediante exigências sociais.

A Constituição Federal de 1988 resgatou o princípio da fraternidade, na medida em que fez constar do Preâmbulo, o compromisso com uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Pode-se dizer que o constitucionalismo moderno conheceu duas fases, a primeira, fundada no liberalismo europeu, com destaque para o valor liberdade; a segunda, caracterizada pela social democracia, pelo constitucionalismo social, com ênfase no valor igualdade. A fraternidade seria uma terceira fase na evolução do constitucionalismo, do liberal para o social e do social para o fraternal. (LAZZARIN, 2015, p. 96).

Logo, a cooperação enquadra-se na categoria jurídica constitucional, pois, além de não ser incompatível com o Direito, é norma fundante do Estado Democrático, inspirando o conjunto de normas infraconstitucionais e seus respectivos critérios interpretativos. Nas sociedades multiculturais, tal como é a brasileira, os problemas de liberdade e igualdade estão em voga, dificultando o exercício de distribuição de riquezas e justiça.

A tolerância em tema de igualdade é mais que uma discussão envolvendo a normatividade constitucional. Desenvolve-se a proteção de minorias e a legitimação de inquietudes. O mandamento constitucional confere proteção igual das diferenças, impondo tratamentos desiguais e, para se efetivar a constitucionalidade das ações afirmativas, cada cidadão tem um papel mister ao desenvolvimento fraternal.

3.2 Ótica Processual Civil

O Código de Processo Civil de 2015 institui como um norma fundamental o princípio da cooperação, entabulado em seu artigo 6º⁵. Tal princípio não é somente mera consequência da exigência de que as partes ajam com boa-fé, mas é um corolário daquele proposto em 1988 pelo legislador. Mesmo que esta carga axiológica seja jovem no direito processual, seus ideais estão se enraizando nas relações procedimentais, em especial, atingindo os agentes do processo, sejam as partes e representantes ou os magistrados inerentes.

A ideia de cooperação, às vezes, atinge não só às partes, mas à própria sociedade, que se faz presente, por meio dos amicus curiae ou mesmo grupos que participam das audiências públicas, que são marcadas quando a questão a ser decidida pelo Judiciário tem grande repercussão social (WAMBIER et al, 2016, p. 68-69)

Ainda, por intermédio de tal princípio que se adotou o parágrafo primeiro do artigo 489 da mesma codificação, para expressar a possibilidade das partes, em comum acordo, indicar ao juiz que, ao versar-se sobre a lide, deve substancialmente afastar entendimento jurisprudencial preexistente acerca da temática, que, eventualmente, não basear-se-ia para formular decisão de mérito.

A cooperação legitima o processo como um instrumento de distribuição de justiça. Há um chamamento para que os envolvidos participem, dentro de seus limites e proporções, da tarefa de propiciar um ambiente necessário para a solução de conflitos. A nova codificação processual civil busca renovar a visão sobre os instrumentos empregados na prestação jurisdicional, observando a exigência de colaboração e cooperação dos atores processuais.

A eleição de um objetivo comum reforça o aperfeiçoamento que se pretende atingir tais desideratos primordiais para o desenvolvimento de um sistema cooperativo. A preocupação com as consequências sociais é evidente, vez que, tal princípio decorre da necessidade de apreender profundamente o significado de contraditório, permitindo um diálogo permanente não meramente formal. De acordo com Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 26) “solene compromisso de realizar processos justos e équos e terminar o processo com oferta de efetiva justiça substancial aos litigantes”.

O novo Código de Processo Civil se desafia a harmonizar os interesses com a efetividade e celeridade do processo legal. O objetivo de fortalecimento confere um caráter de identificação com o estágio civilizatório e epistemológico de reconhecimento

5 Artigo 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. (BRASIL, 2015.)

do indivíduo e do objeto que se pretende avaliar, seja pelas transformações sociais ou processuais inerentes.

O processo cooperativo surge como superação dos padrões de processos inquisitoriais e dispositivos, nos quais prevalece ora o protagonismo do julgador (o primeiro), ora o das partes (o segundo). Ou seja, busca-se, sob o paradigma da cooperação no processo civil, um maior envolvimento participativo e com método dialético, entre juiz e demais atores processuais, sob um panorama de tratamento e relacionamento simétrico, na fase de instrução processual. (NETO; MACHADO, 2016, p. 187-188).

O desenvolvimento do processo se torna mais sadio, enquanto ferramenta de solução de conflitos, conferindo um papel de destaque aos envolvidos que, substancialmente, podem garantir as normas constitucionais do devido processo legal e ampla defesa.

3.3 Ótica Internacional

O Princípio da Cooperação, consubstanciado em Solidariedade, é estudado em diversos países europeus, ressaltando-se os conceitos da Alemanha, Espanha e Portugal⁶ que trouxeram significativas evoluções à percepção objetiva de abolição das desigualdades e do caráter social que representa tal carga axiológica.

Na União Europeia, a Solidariedade é considerada essencial para materializar os objetivos dos Estados e a integração entre eles, vide que o comunitarismo, a igualdade e o desenvolvimento são parâmetros a serem seguidos por todos os envolvidos no pacto internacional europeu.

Requerem-se novos padrões éticos na nova era global, reconhecendo um dever de cuidado uns para com os outros, além das fronteiras geográficas e econômicas que fixam padrões já obsoletos e desnecessários para os projetos de democracias sociais e representativas. Entende-se que a cooperação

(...) para continuar eficaz num mundo que se globaliza, ela tem que estar inserida num sistema reformulado e muito mais forte de gestão global, que procure combinar a segurança humana com a eficiência econômica (HELD; MCGREW, 2000, p. 73).

O Estado brasileiro vem promovendo diversas ajudas financeiras a nações, tanto as que integram o bloco econômico dos países sul-americanos (MERCOSUL) quanto as outras que não possuem qualquer laço de caráter integracionista. Assim, tem-se reforçado o princípio de colaboração e política internacional previsto no inciso IX do artigo 4º da Constituição⁷.

6 Conforme informações consubstanciadas por Ângela Abrantes (2004), na Alemanha o princípio denominou-se de *Finanzaus Gleich*, que em uma tradução livre significa “solidariedade e compensação”. Por sua vez, na Espanha criou-se o *Fondo de Compensación Interventorial (FCI)* para dispor de recursos do governo central, com o objetivo de atender projetos intencionados a abolir as desigualdades regionais. Finalmente, em Portugal, mesmo que não haja uma previsão constitucional, ele se faz presente no *Fundo Especial de Financiamento (FCI)* para minimizar as diferenças econômicas existentes entre regiões, bem como evitar a exclusão social.

7 Artigo 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos se-

A postura de política externa adotada pelo Brasil consiste em enviar ajuda humanitária, tecnológica e financeira a outras nações que se encontrem necessitadas de tanto, coadunando com as diretrizes constitucionais, em especial, de proteção dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana.

A preocupação com os direitos humanos está hoje refletida nos mandatos de quase todas as organizações internacionais. O respeito a esses direitos é percebido como indispensável para a busca dos ideais de paz e para a promoção do desenvolvimento. Os Estados são, assim, responsáveis por manter progressos na realização dos direitos humanos mesmo em condições políticas e econômicas adversas, como a atual crise econômica, e não podem ser indiferentes a crises humanitárias que envolvam violações graves e sistemáticas às normas internacionais sobre o tema. (AMORIM, 2009, p. 67).

A cooperação, portanto, não é somente um fruto do comunitarismo, mas decorre da função globalizante dos padrões culturais de intensa transferência de capitais, tecnologias e informações financeiras que possibilitem o desenvolvimento conjunto entre nações que partilhem do mesmo ideal.

A partir de tal ótica cooperativa, e não impositiva, houve vários mecanismos multilaterais que permitiram acelerar o não-alinhamento com grandes potências e a descolonização de certas soberanias, propondo, desta forma, uma autodeterminação dos povos. Mesmo que diversas correntes entendam por tais movimentos estejam ganhando força, ainda há uma hegemonia global em diversos tocantes, minimizando nações menos desenvolvidas economicamente⁸. Pode-se ter como exemplo “a fracassada tentativa do Brasil em ser o sexto membro permanente do Conselho de Segurança da ONU evidenciou que o Terceiro Mundo não teria voz nas questões estratégias internacionais”. (PEREIRA; MEDEIROS, 2015, p. 3).

4 | A DESCOLONIZAÇÃO DO SABER

As crises econômicas assolam os mais variados Estados e blocos econômicos. O desencanto social para com as instituições constitucionais demonstra que o atual estágio de desenvolvimento epistemológico do Direito permite revalorações conceituais e introduções interdisciplinares que engrandeçam o ambiente plural de interpretação

quintos princípios: IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. (BRASIL, 1988)

8 Vários fundamentos internacionais foram colocados a partir da Guerra Fria, em especial, a luta pela escolha livre de sistemas políticos e de autodeterminação, “na Conferência de Bandung, pela primeira vez se reúnem representantes dos povos asiáticos e africanos, inaugurando a solidariedade afroasiática e a emergência do Terceiro Mundo no cenário internacional [...] Ao final da conferência, foram declarados em um comunicado contendo cinco sessões; a) Cooperação Econômica; b) cooperação cultural; c) direitos do homem e autodeterminação; d) problemas dos povos dependentes; e) promoção da paz e cooperação mundiais” (PEREIRA; MEDEIROS, 2015, p. 6-7). No que tange à cooperação econômica, foi reconhecida a necessidade de promoção em conjunto à independência das nações envolvidas, por intermédio de acordos multilaterais. De acordo com Guitard (1962), clamou-se pela criação de um agência internacional de energia atômica, para fins pacíficos, na criação de um fundo especial das Nações Unidas para desenvolvimento econômico e fomento de feiras inter-regionais e intercambiais para exportação de manufaturas.

principiológica.

Conforme se verificou nas linhas acima introduzidas, as relações dominantes de poder manifestadas na construção das sociedades não mais se demonstram expressas. Diversos novos instrumentos, tais como a cooperação entre nações, inclusive entre indivíduos em relações econômicas e processuais, permitem que haja a criação de visões singulares, representando, essencialmente, o núcleo de determinado centro civilizado. A racionalidade lógica europeia⁹, hegemônica em diversos pólos, não mais se vislumbra universalizada de acordo com as múltiplas possibilidades de conhecer e perceber as relações sociais singulares à cada região dos hemisférios.

El pensamiento decolonial se ha abierto a otras problemáticas no consideradas en la primera década: el género, la naturaleza, la interculturalidad y la colonialidad, más allá de América Latina (ESCOBAR, 2014, p. 42).

Ao corpo conceitual sócio-jurídico tem-se permeado desta perspectiva crítica para a promoção de uma evolução epistemológica.

As noções contemporâneas de modernização, inclusive a brasileira, são consideradas carentes de dinamismo e de representação empreendedora. Tem-se dificultado a administração da política e da evolução social, sendo, portanto, mister o desenvolvimento de uma ruptura epistemológica rumo à independência cultural hábil a modificação do ambiente e da interpretação jurídica. A emancipação não é sinônimo de negação dos valores estrangeiros, porém há de se ter cuidado, pois “o discurso colonial subordina epistemológica, ética e juridicamente o existente a uma categoria inanimada de objeto e dominação como processo de objetivação” (SUBIRATS, 2006, p. 123). Ademais, pode-se ter frisado que o objeto do Direito necessita de uma ampliação dos objetos, vez que “autonomia é vida, isolamento é morte” (FADUL; SOUZA-LIMA, 2014, p. 71).

Desta forma, o conhecimento principiológica que se teve obtido com as ideias pressupostos, pré-definidas da ótica colonialista, enseja a repetição, imitação, do conhecimento já produzido em outros centros. A consequência está na criação de normas válidas, porém ineficazes, pois descabidas ou mal interpretadas para com a realidade social que se pretende inferir. A condição humana, logo jurídica, necessita estar voltada à perspectiva emancipatória frente a colonização dominante. As representações não podem estar sujeitas a condicionamentos ou manipulações por parte de outros mundos epistêmicos e científicos. Os desafios são tamanhos, pois “o pensamento ocidental possui limites epistemológicos bem definidos e não observa

9 O processo de colonização e dominação não é objeto do presente estudo, devido sua magnitude histórica e complexidade epistemológica. Entretanto, deve-se ter sabido que “[...] as relações desenvolveram-se entre sujeitos e os não sujeitos, entre colonizadores e colonizados. Do centro, poder e dominação, da periferia, exploração e subjugação. A Europa ocidental era o centro do controle do poder, do desenvolvimento do capital e da modernidade/racionalidade, bem como a própria sede do medo histórico avançado de civilização. Assim, as realidades diversas foram submetidas ao mesmo pensamento, à mesma história – na qual somente as experiências europeias importavam – às mesmas perspectivas de conhecimento” (QUIJANO, 2006, p. 74).

ou releva qualquer potencial epistemológico que não o hegemônico” (CUNHA, 2013, p. 21). Tanto a autonomia física quanto racional assume uma posição de criação e sistematização do conhecimento pertinente à realidade.

Os legados europeus ainda bloqueiam a percepção ampla das experiências sociais, produzindo, portanto, pensamentos cílicos que reproduzem o mesmo. A perspectiva moderna, a qual tem como integrante o princípio da cooperação em todos os seus vieses, permite a potencialidade criativa de desvinculação de saberes silenciados e junção de conhecimentos sociais.

Nessa perspectiva, os saberes subalternos, marginalizados não são somente culturas a serem estudados, mas possuem potencial epistemológico a ser desenvolvido, capaz de produzir dialogo com os outros saberes, produzindo várias descrições, sob várias perspectivas, capazes de propiciar transformação epistemológica (CUNHA, 2013, p. 23).

A cultura jurídica deve servir à produção de vida digna em uma coletividade, buscando diferenciar-se dos demais conteúdos históricos obsoletos ou diferentes do objeto primal ao desenvolvimento epistemológico. O saber individualizado para um certo ambiente é meio de dialogar com as linguagens científicas múltiplas.

Para melhor compreender o que a Constituição Federal pretende em introduzir a cooperação como princípio, deve-se ter como primeiro passo a aceitação de concepções exógenas. A alteração dos campos sociais é fundamento para defender a necessidade de criação de entendimentos que refletem a realidade do coletivo, seja física ou racional.

Os vetores sociais e os fenômenos jurídicos são singulares, entendidos, como o jargão do Direito expõe “caso a caso”. Assim

há um objeto muito mais amplo e prolífico que a mera norma positivada ao alcance do cientista jurídico, cujo estudo se vê negligenciado por conta de pré-noções herdadas da tradição estruturalista (FADUL; SOUZA-LIMA, 2014, p. 73).

A descolonização, portanto, pretende buscar noções interpretativas modernas e eficientes para a produção de entendimentos jurisprudenciais consonantes ao centro esperado.

5 | EFETIVAÇÃO SOCIAL DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E FRATERNIDADE

Com isto, necessitou-se de uma gestão diferenciada do conhecimento capaz de desempenhar uma função cognitiva inédita acerca do entendimento da lei. Aliada a intenção descolonizadora, tais perspectivas permitem o florescer hermenêutico de uma convicção genuína e não meramente reproduutora de funções preestabelecidas. Os operadores, portanto, possuem uma capacidade de auto integração diferenciada.

Conforme Pereira e Medeiros (2015) expõem, o período econômico internacional

presente, chamado de Cooperação Sul-Sul, permite que países periféricos, mesmo sintonizados, atuem autonomamente, de acordo com seus parâmetros morais e culturais inerentes para buscar novas soluções e formas de cooperações.

No Brasil, há uma constante reafirmação da cidadania e do sistema judiciário em assumir o papel de assegurar os direitos fundamentais. O protagonismo assevera instrumentos diferenciados para estabelecer sistemas normativos e, desta forma, cumprir o papel de compreensão da realidade social inerente a aplicação das normas jurídicas.

O objetivo é apagar a distinção entre o sujeito que conhece e o objeto que é conhecido, entre o sujeito que conhece e o objeto que é conhecido, entre um objeto “híbrido” (o limite como aquilo que é conhecido) e um “puro” sujeito disciplinar ou interdisciplinar (o conhecedor) não contaminado pelas questões limiares que descreve. (MIGNOLO, 2003, p. 42).

A nova juridicidade impulsiona o processo descentralizador das constituições, a dogmática jurídica, fortemente aliada as influências europeias tem-se posta de lado para que se hajam novos processos hermenêuticos viáveis aos paradigmas plurinacionais e sociais comunitários. Deve-se reconhecer o ambiente singular brasileiro e a posição do sujeito sul-americano para, então, promover a cooperação entre indivíduos e entre nações, respeitando as realidades, singularidades e características distintas.

Os processos globalizantes e inter-relacionados permitem que haja uma cooperação efetiva entre dois sujeitos, pois as diferenças culturais e as manifestações difusas são respeitadas dentro de ambientes descolonizados. Para que haja a fraternidade entre povos, a sociedade deve apresentar mobilidade em termos de juridicidade.

A globalização neoliberal obriga a aprofundar e pôr em dia a tentativa dos críticos pós-coloniais de provincializar a Europa e de questionar sua universalidade. Ao mesmo tempo em que se une a essa tarefa, a crítica ao globocentrismo deverá igualmente reconhecer a rica diferenciação do mundo e mostrar a altamente desigual distribuição de poder que inibe sua imensa diversidade cultural. Uma crítica que desmitifique as afirmações universalistas do discurso de globalização mas que reconheça seu potencial libertador, deveria tornar menos tolerável a destruição da natureza e a degradação das vidas humanas por parte do capitalismo. Esta crítica será desenvolvida em diálogo com idéias surgidas nos espaços nos quais se imaginam futuros alternativos para a humanidade, seja em focos de resistência ao capital, em lugares ainda livres de sua hegemonia, ou no seio de suas contradições internas. (CORONIL, 2005, p. 59).

A globalização permite a compreensão acentuada das peculiaridades e da essencialidade em se desvincular de discursos colonizadores para se efetivar os pressupostos constitucionais. A autonomia é ímpar para a construção do esperado pelo legislador brasileiro.

A cooperação é um passo natural uma vez que libertado da racionalidade colonial. Para que haja sua promoção, os indivíduos, além de se encontrarem, devem ser capazes de se reconhecerem como iguais. A interação é recomendável para a

cooperação mútua, pois os resultados em um futuro são preferíveis a um determinado benefício imediato e unilateral. Os contratos internacionais e os blocos econômicos estabelecem territórios férteis para o desenvolvimento frequente dos envolvidos. A construção de um bom relacionamento, seja econômico ou jurídico, depende da estabilidade dos sujeitos e da percepção destes consigo mesmos.

Gradualmente se verifica as intenções e medidas para materializar a distribuição de justiça entre os envolvidos e, no ambiente hipermoderno, não se é possível realizá-la sem que haja cooperação entre os envolvidos.

Entre os fundamentos do constitucionalismo latino-americano está o pensamento descolonial, que “objetiva superar o saber monocultural dominante, recuperando o ignorado por ele, através de uma hermenêutica diatópica e de uma tradução intercultural” (PORTANOVA; CORTE, 2015, p. 136). O desenvolvimento desta nova racionalidade avalia um cenário de multiplicidade que valoriza a ciência nacional e permite o reconhecimento do sujeito, “considerando a necessidade de uma reapropriação social da natureza” (PORTANOVA; CORTE, 2015, p. 143). A cultura e a economia pautadas na cidadania, tal como tenta-se na realidade sócio jurídica brasileira, amplia os horizontes do Estado, permitindo uma aproximação dos demais. A partir de tanto, a cooperação e, consequente distribuição de justiça, torna-se um caminho natural a ser seguido.

6 I CONCLUSÃO

Partindo de pressupostos da linguagem do Direito e de como este é percebido, verifica-se a intenção de revalidação conceitual, tanto como uma forma de reconhecimento do “Outro” e do “si”. “Reconhecimento que se materializa na forma pela qual os homens e as mulheres se relacionam. Reconhecimento como jogo de linguagem, pois o Direito supõe a alteridade e, com ela, a intersubjetividade”. (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 173).

Os processos de racionalidade não nascem *a priori*, mas da contingência direta das necessidades da pluralidade das ações e interesses sociais. Proveniente da concretude, as crescentes ações sociais evoluem as percepções liberais de razões emancipatórias que evidenciam a auto determinação de um determinado coletivo.

Logo, o agir fraterno, cooperativo e solidário transcende as vontades subjetivas, sendo uma necessidade social para se manter ativo no mercado. O entendimento sócio jurídico permite que uma empresa ou um sujeito se firmem no mercado econômico, tendo atenção geral para conduzir-se no mundo empresarial.

No Brasil, embora o Princípio da Solidariedade esteja previsto constitucionalmente, ele é utilizado de forma incipiente, pois, não somente é mal interpretado pelos órgãos julgadores e executivos, o sujeito não se vislumbra como um ente capaz de alterar o âmbito social, dentro de suas peculiaridades e diversidades. A gritante desigualdade

regional, causadora de obstáculos econômicos e sociais, é consequência de interpretações constitucionais limitadas e desvinculadas da realidade brasileira. O espírito de cooperação e valorização entre os povos deve prosperar para que haja um verdadeiro senso de multiculturalismo hábil a desenvolver as mais diversas e interligadas economias nacionais.

O pensamento descolonial busca apresentar questionamentos que gerem desconforto na produção de conhecimento, buscando romper com os movimentos circulares. A base de sustentação da colonização, ou seja, a aceitação de subjugação da subjetividade, deve ser rompida para que os saberes sejam contextualizados dentro da realidade social e do terreno epistemológico que se pretende incidir uma carga epistemológica. A cooperação é fundamento do novo estado democrático de direito e, desta forma, a percepção do sujeito e de suas potencialidades emancipatórias, desvinculadas de discursos coloniais, é o primeiro passo para um avanço hermenêutico.

Neste contexto plural que se evidencia a necessidade de redefinir pressupostos hermenêuticos e visões jurídicas que determinem a urgente tarefa de efetivar os princípios constitucionais, em especial, da cooperação e consequente distribuição de justiça, respeitando, primeiramente, as peculiaridades sociais de cada sociedade.

REFERÊNCIAS

- ABRANTES, Ângela Maria Rocha Gonçalves de. O Princípio da Solidariedade e o Direito Econômico In: **Prima Facie**. ano 3. n. 4, jan-jun, 2004.
- AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. As tragédias dos *comuns* e dos *anticomun*. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.) **O Que É Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte, Fórum: 2011.
- AMORIM, Celso. O Brasil e os Direitos Humanos: em busca de uma agenda positiva. In: **Política Externa**. v. 18. n. 2. São Paulo: Paz e Terra, 2009.
- ALVES, Elizete Lanzoni. A Docência e a Interdisciplinaridade: um desafio pedagógico. In: COLAÇO, Thais Luzia (Org.). **Aprendendo a Ensinar Direito o Direito**. Florianópolis: OAB/SC, 2006.
- ARNAUD, André-Jean. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BITTAR, E. C. B.; DE ALMEIDA, G. A. **Curso de Filosofia do Direito**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.) **O Que É Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte, Fórum: 2011.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29.dez.2016
- _____. **Lei n 13.105 de 16 de Março de 2015**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 29.dez.2016.
- CORONIL, Fernando. Natureza do Pós-Colonialismo: do eurocentrismo ao globocentrismo. In: LANDER, Edgardo (org). **A Colonialidade do Saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Buenos Aires:

Clacso, 2005.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do Positivismo Jurídico**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

CUNHA, Mércia Miranda Vasconcellos. Saberes Marginais, Fronteiras Epistêmicas, (Des)colonização Intelectual: reflexões para além do sistema mundial colonial/moderno. In: **Argumenta**. n.19. Jacarezinho: UENP, 2013.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Sociedade e Direito**: quadros institucionais. Porto: Resjurídica, 1985.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v.1. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ESCOBAR, Arturo. **Sentipensar con la Tierra: nuevas lecturas sobre desarrollo, territorio y diferencia**. Medellín: Unaula, 2014.

FADUL, David; SOUZA-LIMA, José Edmilson de. O Campo do Conhecimento Jurídico e os Desafios da Interdisciplinaridade. In: **Revista Orbis Latina**. v. 4. n.1. jan-dez, 2014.

GALBRAITH, John Kenneth. **A Economia das Fraudes Inocentes**: verdades para o nosso tempo. Tradução de Paulo Anthero Soares Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Elogio da Teoria**. Lisboa: Edições 70, 2001.

GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GUITARD, Odette. **Bandung y el Despertar de los Pueblos Coloniales**. Buenos Aires: Editorial Universitária de Buenos Aires, 1962.

HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e Contras da Globalização**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

JUNIOR, Ivo T. Gico. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.) **O Que É Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte, Fórum: 2011.

LAZZARIN, Sonilde K. O Princípio da Fraternidade na Constituição Federal Brasileira de 1988. **Direito & Justiça**. v. 41, n.1, jan-jun, 2015.

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Os Tempos Hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

_____. SERROY, Jean. **A Cultura-mundo**: resposta a uma sociedade desorientada. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

NETO, Elias Marques de Medeiros; MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. Princípio da Cooperação no Processo Civil. In: **Revista Thesis** Júris. São Paulo. v.5. n.1. jan-abr, 2016.

NORTH, Douglass C. *Desempeño Económico En El Transcurso de Los Años*. In: **Economia: teoria y práctica**. n. 9, 1998.

PEREIRA, Analúcia Danilevitz; MEDEIROS, Klei. O Prelúdio da Cooperação Sul-Sul: da conferencia de Bandung à Conferencia de Buenos Aires 1955-1978. **I Seminário Internacional de Ciência Política**. Porto Alegre: UFRGS, 2015.

PORTANOVA, Rogério; CORTE, Thaís Dalla. Descolonização e luta socioambiental: o paradigma dos saberes do sul. In: CUNHA, Belinda Pereira da. (org.) **Os Saberes Ambientais, Sustentabilidade e Olhar Jurídico**: visitando a obra de Enrique Leff. Caixias do Sul: Educs, 2015.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgar (org.) **A Colonialidade do Saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: Clacso, 2005.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Racionalidade Limitada. In: In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.) **O Que É Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte, Fórum: 2011.

SANDEL, Michael. **O Que o Dinheiro Não Compra: os limites morais do mercado**. Tradução de Clóvis Marques. 7 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Economia dos Contratos. In: ZYLBERSZTAJN, Decio. **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SUBIRATS, Eduardo. Viagem ao Fim do Paraíso. In: NOVAES, Adauto (org). **Oito Visões da América Latina**. São Paulo: SENAC, 2006.

WAMBIER, T.A.A; CONCEIÇÃO, M.L.L; RIBEIRO, L.F.S; DE MELLO, R.L.T. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

O IDEÁRIO DE EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA VIA PROCESSO JUDICIAL

Júlia Francili Neves Scherbaum,
doutoranda em Direito pela Universidade
Universidade do Vale do Rio dos Sinos
-UNISINOS- São Leopoldo/RS.

Leonel Severo Rocha,
professor titular e Coordenador Executivo do
Programa de Pós-Graduação em Direito, do
Mestrado e Doutorado, da Universidade do Vale
do Rio dos Sinos – UNISINOS - São Leopoldo/
RS.

RESUMO: Com o aumento da nossa complexidade social, a insuficiência do sistema político institucional para atender as demandas sociais e coletivas e a emergência de um novo espaço público virtual, percebe-se que também no Brasil o debate contemporâneo sobre a democracia deliberativa tem importância para o direito. O estudo tem por objetivo demonstrar por meio de conceituados processualistas, a construção de um processo como instrumento da democracia participativa frente ao Estado Democrático de Direito. Nesse aspecto questiona-se: De que forma a democracia participativa pode ocorrer via processo judicial nesta nova realidade social emergente? Metodologia: histórica e construtivista.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia; direito; processo.

ABSTRACT: With the increase of our social

complexity, the insufficiency of the institutional political system to meet the social and collective demands and the emergence of a new virtual public space, we can see that in Brazil, too, the contemporary debate on deliberative democracy is important for the right. The purpose of this study is to demonstrate, through highly qualified processualists, the construction of a process as an instrument of participatory democracy in the Democratic State of Law. In this aspect it is questioned: In what way participatory democracy can occur via judicial process in this emerging new social reality? Methodology: historical and constructivist.

KEYWORDS: Democracy; right; process.

1 | INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa realizar reflexões a respeito do exercício da cidadania, bem como analisar a mudança do contexto social, econômico e cultural do último quarto do século XX, que propiciou o surgimento de uma nova modalidade de democracia: a chamada democracia deliberativa (ou participativa). A relação entre democracia deliberativa e direitos fundamentais resta evidenciada pela circunstância de que nas democracias contemporâneas a deliberação pública se presta não somente a permitir que a sociedade, de

forma democrática, possa definir quais são os direitos que são tidos por fundamentais, mas também estabelecer os contornos, os limites e o alcance destes direitos fundamentais. Promovendo não somente uma simples análise do texto legal, o estudo visa tecer considerações a respeito das possibilidades de maior utilização destes mecanismos pela sociedade, tidos neste artigo como instrumentos com potencial para promover uma maior integração da população com as questões públicas.

O artigo será distribuído em três itens: Primeiro será realizado estudo sucinto sobre o que é democracia, apresentando seus elementos constitutivos. Analisa-se como proporcionar uma maior legitimidade para as decisões políticas, de forma a reposicionar os cidadãos na vida pública, para que o povo passe a participar, interferir e se relacionar com o regime democrático de maneira mais intensa, para além da escolha de representantes em eleições periódicas.

O segundo item será analisada as abordagens mais relevantes da Democracia Participativa via Processo Judicial. Ao final, visa sistematizar os pontos mais relevantes de participação popular através do processo como meio de realização da democracia, dado ao espírito de participação do indivíduo. A partir destes aspectos, procura-se enfrentar o seguinte problema: De que forma a democracia participativa pode ocorrer via processo judicial nesta nova realidade social emergente?

A metodologia utilizada será histórica, em virtude da análise do tempo e também construtivista, segundo Luhmann observada desde a posição construtivista, a função da metodologia não consiste unicamente em assegurar uma descrição correta (ou errada) da realidade. Trata-se das informações internas ao sistema, os métodos permitem à investigação científica surpreender-se a si mesma (LUHMANN, 2007. p. 22).

DESENVOLVIMENTO/REFERENCIAL TEÓRICO

2 | A DEMOCRACIA E SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

A palavra democracia deriva do grego, *Demokratia*, de *dēmos* quer dizer povo, e *kratia* significa o poder, a força (governo) (RIBEIRO, 2010. p.96) o que em uma tradução literal nos remeteria à ideia de “governo do povo”. E é de Atenas do século V que extraí-se, um elemento específico: a importância da participação do povo, para o exercício da democracia. Tanto é assim que ao analisar a transição temporal, observa-se que é no significado do voto do povo que se verifica a relevante distinção da democracia antiga em relação à moderna.

Analizando este tema, Coulanges entende que o direito de sufrágio na Grécia antiga possuía valor do voto incomparavelmente maior do que possui nos Estados modernos, uma vez que era através deste instrumento que o último dos cidadãos grego participava de todos os negócios, nomeava magistrados, elaborava as leis,

administrava a justiça, decidia a guerra ou a paz, bastando à extensão do direito de sufrágio para que o governo se tornasse realmente democrático (COULANGES, 1961. p. 295-296).

A respeito da concepção grega de democracia, Norberto Bobbio traça o panorama de uma comunidade que não cogitava a representação política, tal como concebida modernamente:

Para os antigos a imagem da democracia era completamente diferente: falando de democracia eles pensavam em uma praça ou então em uma assembleia na qual os cidadãos eram chamados a tomar eles mesmos as decisões que lhes diziam respeito. “Democracia” significava o que a palavra designa literalmente: poder do *démos*, e não, como hoje, poder dos representantes do *démos*. Se depois o termo *démos*, entendido genericamente como a “comunidade dos cidadãos”, fosse definido dos mais diferentes modos, ora como os mais, os muitos, a massa, os pobres em oposição aos ricos, e portanto se democracia fosse definida ora como poder dos mais ou dos muitos, ora como poder do povo ou da massa ou dos pobres, não modifica em nada o fato de que o poder do povo, dos mais, dos muitos, da massa, ou dos pobres, não era aquele de eleger quem deveria decidir por eles, mas de decidir eles mesmos (BOBBIO, 2000. p. 372).

No entanto, alguns cidadãos já bradavam em desfavor do regime democrático. Na obra *Política*, de Aristóteles afirma que a melhor forma de democracia seria a constituída por agricultores, uma vez que os mesmos preferem trabalhar a participar da vida pública; estando sempre ocupados, não poderiam se reunir frequentemente em assembleias (ARISTÓTELES. Livro VI, Cap. II, p. 1319 A).

Não obstante as críticas, a postura política ativa permanecia como traço marcante da sociedade grega, estando tal prática enraizada na cultura dos integrantes da *pólis*.

De sua concepção original na Grécia antiga até os dias atuais, a forma como a democracia é exercida alterou-se profundamente. Modificaram-se também as concepções a respeito deste regime, que ganhou novos contornos, novas nuances. Segundo Bobbio, o estar em transformação é o estado natural do regime democrático, uma vez que a democracia é dinâmica e o despotismo é estático, sempre igual a si mesmo (BOBBIO, 1986. p. 09).

Com a positivação de direitos humanos nas Constituições contemporâneas, sob a forma de direitos fundamentais, levou os sistemas constitucionais positivos a incorporar conteúdos éticos, morais e valorativos, com evidentes repercussões em sua eficácia normativa. Percebe-se que o ápice da democracia é o povo, que necessariamente deve ser compreendido em qualquer indivíduo que seja sujeito de interesses juridicamente tutelados (RIBEIRO, 2008, p. 53-64).

Tal fato, bem como a mudança do contexto social, econômico e cultural, se em dado período histórico a democracia representativa progrediu, com o Liberalismo (BOBBIO, 1998. p. 53).

que atingiu seu auge das formas de Estado, mas que atualmente desmoronou-se, pois não efetivou suas promessas, de forma crítica Bobbio descreve as seis

promessas que não foram efetuadas pela democracia representativa:

a) a vontade geral como centro de poder – a realidade social demonstrou que não existe apenas um foco de força política, como pretendiam os idealizadores da democracia, de sorte ser impossível alcançar uma única vontade geral, já que efetivamente existem, de fato, diversos núcleos de poder que coexistem; b) contenda de interesses – o representante deveria apenas buscar os interesses de toda a coletividade, mas, de fato, busca os interesses daqueles que o colocaram no poder; c) a manutenção das oligarquias; d) o espaço limitado – apesar de ser agora ampla a quantidade de votantes, seu espaço de inserção no discurso político ainda é ínfimo, daí a crise estar em onde se vota, ou seja, em definir quais os momentos em que o povo é efetivamente chamado a se manifestar sobre determinado tema; e) a persistência de um poder invisível – a noção de que existem, ainda, instituições e órgão que agem nas sombras, sem publicitar seus atos, atuando com intenções duvidosas; e, por fim, f) o problema da cidadania – o cidadão, a partir da possibilidade de atuar através da democracia, aprenderia, e se transformaria em um cidadão ativo e participante, que se engajasse na prática política – o que não apenas não aconteceu como se procedeu ao inverso: as democracias mais consolidadas têm por característica um povo apático e desinteressado.(BOBBIO, 1998. p. 34-45).

De fato, também a Constituição Federal de 1988, elaborada em reação ao período autoritário que então findava, buscou instaurar um Estado Democrático e Social de Direito. Conforme Bonavides ocorre uma transição “do princípio liberal chega-se ao princípio democrático. Do governo de uma classe, ao governo de todas as classes” (BONAVIDES, 1994.p.43). Marcado pelo reconhecimento de amplo rol de direitos fundamentais à pessoa humana, tendo a pretensão de não apenas restaurar o Estado de Direito, mas de voltar-se contra o positivismo na busca de um fundamento ético para ordem jurídica e contra o privatismo na busca da efetividade do amplo sistema de direitos assegurado (CITTADINO, 2000. p. 14).

Portanto, o Estado Liberal adveio da cisão entre o âmbito político e o âmbito econômico representado pela livre dominação do mercado nas relações e pela participação mínima do Estado entre os indivíduos, levou tal forma de governo à ruína. Assim, o Estado se reajustou novamente com novos compromissos e restabeleceu o rompimento anterior do político e do econômico (CALMON DE PASSOS, 1999.p.90).

Assim, concebe-se a política como forma de reflexão sobre um contexto de vida ético. Estes dois primeiros modelos de compreensão geram consequências diversas. Na concepção liberal, determina-se o *status* dos cidadãos conforme a medida dos direitos individuais que eles dispõem em face do Estado e dos demais cidadãos, sendo que é neste contexto que surge a noção de direitos subjetivos, enquanto direitos negativos que garantem um espaço de ação alternativo em cujos limites as pessoas estão livres de coação externa (HABERMAS, 2002. p. 271).

As Constituições modernas devem-se a uma ideia advinda do direito racional, segundo a qual os cidadãos, por decisão própria, são capazes de se ligar a uma comunidade de livres e iguais e escolher os direitos que eles precisam se reconhecer mutuamente para regular de maneira legítima seu convívio por meio do direito positivo (HABERMAS, 2002. p. 229). A própria evolução do conceito moderno de

Constituição está diretamente relacionada ao desenvolvimento de conceitos como o de “direitos humanos” e de “direitos fundamentais”, pois é justamente no contexto das constituições positivas que a diferenciação entre o conceito de “direitos humanos” e “direitos fundamentais” ganha importância teórica.

3 I DEMOCRACIA PARTICIPATIVA VIA PROCESSO JUDICIAL

O epicentro da democracia é o ser humano e por isso, o poder emana do povo (parágrafo único do artigo 1º, da Constituição da República de 1988). Na democracia, o Estado desempenha uma função de fomentador de participação pública no processo de reconstrução de um novo projeto de sociedade, em uma perspectiva humanística e com obrigação de observar a população de forma massiva, mas ao mesmo tempo heterogênea e diversificada.

Observa-se que a real função do processo judicial, segundo Couture é que seja examinado o processo em si mesmo, para poder definir através do seu caráter essencial, do seu conteúdo íntimo, se adverte que o processo é uma relação jurídica. Por relação jurídica se entende o vínculo que a norma de direito estabelece entre o sujeito de direito e o sujeito do dever. A relação jurídica processual consiste no conflito de laços, de vinculação, que a lei estabelece entre as partes e os órgãos da jurisdição reciprocamente, e as partes entre si (COUTURE, 1958. p. 123).

Segundo Darci Ribeiro a função do processo exige novas soluções jurídicas capazes de atender de forma adequada as novas realidades. A imperiosa necessidade de mudança obriga os processualistas a evoluir suas concepções e fugir do maior número de regras que, tennham caráter supostamente imutável (RIBEIRO, 2004. p. 15).

Portanto o processo transcende profundamente o conceito de processo, superando as teorias que delimitam este ser o instrumento da jurisdição ou mera relação jurídica rumou integrado ao sistema jurídico via garantias processuais constitucionalizadas democraticamente, assim legitimou-se normativamente em sua jurisdicionalidade em que se reveste pelo procedimento que os Poderes Estatais instituídos lhes auferem.

Nessa perspectiva, que é de direito democrático, o processo não é instrumento da jurisdição ou mera relação jurídica entre partes e juiz, porque é instituição-eixo do princípio do existir do sistema aberto normativo constitucional-democrático e que legitima o exercício normativo da jurisdicionalidade em todas as esferas de atuação no Estado que, por sua vez, também se legitima pelas bases processuais institutivas de sua existência constitucional. (LEAL, 2002. p 69).

Portanto, o processo como “*instituto do direito posto*” com valoração positiva no ordenamento jurídico constitucional democrático arquiteta-se em uma auspíciosas e complexa engrenagem carregada de particularidades e de universalidade que lhes dimensionam como uma grande realização que “(...) *consigue, por encima del querer del particular y por encima del querer del Estado dentro del propio proceso.*” (BERNAL,

1943. p. 16-17).

Há de se ponderar que o “ordenamiento jurídico tiene como predicado de su propia existencia el de efectuarse siempre y en todo momento” (BERNAL, 1943. p. 17), conjecturando-se este pelo processo revolucionário tendo por missão “*hacer patente ante los ciudadanos la eficacia que la ley posee, y proteger en el caso concreto al particular*” (ELY, 2010).

Sendo assim, observa-se que os direitos fundamentais podem ser concebidos das seguintes maneiras: a) como direitos à participação ativa no processo deliberativo em condições de igualdade; b) como direitos de proteção do indivíduo contra o Estado, de forma a possibilitar a intersubjetividade democrática que formará a vontade política de maneira racional e consensual; ou c) via processo judicial com base no *contraditório como elemento da Democracia Participativa*, analisando que o processo reveste de um procedimento, onde este procedimento é o que vem a legitimar as decisões estatais (HABERMAS, 2003); neste caso pela decisão jurisdicional, haja vista, que o contraditório passa a ser uma garantia processual constitucionalizada, que por meio do procedimento estatal garante a participação do cidadão no Estado Democrático de Direito, na medida em que garantam a deliberação democrática e a criação democrática do direito via um processo justo.

Com as garantias processuais legitimadas constitucionalmente na atualidade supera-se o devido processo legal aportando-se no processo justo, visando as garantias processuais constitucionalizadas democraticamente. Note-se que “... a democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política (PASSOS; DINAMARCO; WATANABE, 1988. p. 95). Faz-se assim com que venha a se proteger, o indivíduo e as coletividades não só do agir contra *legem* do Estado e dos particulares, mas de atribuir ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade. (PASSOS; DINAMARCO; WATANABE, 1988. p. 95).

Nesse sentido sabe-se que a função real da democracia se dá pela maior participação dos cidadãos, que se utilizam do processo para chegar a participar da construção do Estado Democrático de Direito que é buscado e deveria ser veridicamente implantado (THAMAY, 2011. p. 83-84).

Diante da sociedade moderna, percebe-se a evolução social e suas instituições, ambas compõem a estrutura Estatal que deve modelar o processo em sua realidade. Além disso, o processo não é apenas um aspecto da vida, e as leis processuais não são nada além do que uma rede frágil, cujas malhas pressionam e às vezes transborda realidade social (CALAMANDREI, 1960. p. 49). E quanto um fenômeno social e cultural, é uma expressão do contexto em que se desenvolve”, (FAVELA, 1981. p. 140) pois é “... lo que le da su fisonomía típica, no es la ley procesal, sino la costumbre que la pone en práctica. El derecho escrito no constituye sino un contorno externo, cuyo relieve interior, con sus colores y claroscuros, lo proporciona la costumbre.” (CALAMANDREI,

Demonstra-se que *la realidad del proceso está conformado de tal modo que se deja expresar tanto en uno como en otro tipo de construcción nacional, porque ambos son esenciales: necesaria la determinación de la esencia constitutiva del proceso y necesaria también la apreciación del momento del resultado, porque a través del resultado el proceso, como actuación de valor positivo, muestra su significado vital, su alcance formativo de experiencia.* (BERNAL, 1943. p. 11-12).

Portanto o processo deve realmente ressaltar a sua realidade, que faz nascer o direito que se representa como “... meglio difendibile nella riflessione teoretica e nell’esperienza pratica una prospettiva processuale,” (MORO, 2012. p. 14) onde os “... que participan en él en concreto, y que no son muñecos mecánicos construidos en serie, sino hombres vivos, cada uno situado en su mundo individual y social, con sentimientos, intereses, opiniones y costumbres; estas últimas pueden ser, desafortunadamente, malas costumbres” (CALAMANDREI, 1960. p. 55-56)

Percebe-se, que o processo encontra-se normatizado dentro do ordenamento jurídico como um instrumento que provem dos costumes perpassados pelos fenômenos sociais e devido essa complexidade político e social, portanto “... *el proceso nace a la par de ella, a su propio tiempo, como un imperativo político de seguridad, tan imperativo como la norma y tan político como la organización toda del Estado*” (BERNAL, 1943. p. 17).

O Estado Democrático de Direito carrega *intrinsecamente* um “caráter transformador” (RAATZ, jul. /set. 2011. p. 25) que ao “mesmo tempo, a tônica fundada em uma auto determinação democrática enfatiza que os cidadãos deixam de ser alvo da atuação do Estado” (RAATZ, jul. /set. 2011. p. 25).

Pois o caráter transformador tem como deslinde um Estado Ativo tem como *extremo* a democracia participativa, haja vista a falha proporcionada, ou melhor, imposta pelos meandros da “democracia representatividade” (DINAMARCO; WATANABE, 1988. p. 106), no que diz respeito sim à eticidade na representação do poder para com a formação do Direito, onde no caso se demonstra inefetivas, essa notada inefetividade (THAMAY, v. 3, n. 2, 2011. p. 78-79), que tem como reflexo a sociedade, que usa-se de suas garantias processuais para com a persecução do ordenamento jurídico.

Desta forma, é necessário analisar também as questões relativas aos limites da liberdade de expressão; ao direito à igualdade de gênero e à livre identidade de gênero; ao direito à liberdade de orientação sexual; à ineficácia dos mecanismos políticos institucionais de solução de conflitos sociais e políticos; enfim, questões diversas relativas à ineficácia concreta do Estado Democrático e Social de Direito brasileiro e ao seu déficit de legitimidade democrática à luz da CF/1988 estão atualmente na “ordem do dia” do Poder Judiciário nacional, na pauta da sociedade brasileira e nas reflexões do direito.

Se para ser democrático um Estado deve contar, a partir das relações de poder estendidas a todos os indivíduos, com um espaço político demarcado por regras

e procedimentos claros, que efetivamente assegurem espaços de interlocução e participação de todos os interessados, bem como o atendimento às demandas públicas da maior parte da população (LEAL, 2007. p. 37) o caminho para uma verdadeira democracia deliberativa no Brasil parece ainda estar longe de ser alcançado.

Portanto, essa diacronia na relação entre a sociedade e o Estado vai refletir a concepção do processo civil que marca o Estado Democrático de Direito (RAATZ, jul./set. 2011. p. 25). Sendo que, este modelo de Estado de Direito ativo, buscando-se assim a aplicação real da democracia seria através do Poder Judiciário utilizando-se do processo, onde, há maior participação dos cidadãos, que se utilizam do processo para chegar a participar da construção do dito Estado Democrático de Direito que é buscado e deveria ser veridicamente implantado (THAMAY, 2011. p. 83-84).

Contudo, não se quer a ruína da democracia representativa pela participativa, segundo Calmon a democracia participativa, não é a exclusão do sistema representativo-parlamentar, mas sua ultrapassagem; não a eliminação da intermediação partidária, mas o reconhecimento de sua insuficiência, institucionalizando-se corpos intermediários mais representativos e mais próximos do cidadão e dele mais dependentes; não a desagregação da administração, mas sua descentralização (PASSOS, 1988. p. 94).

Ou seja, democratizar a decisão regional, local, específica com a participação dos interessados-usuários; não a eliminação da iniciativa privada e da empresa estatal, sim a democratização da empresa, em todas as suas modalidades, colocada, ao lado da propriedade privada e da estatal, como extremos de formas de apropriação, a propriedade pública (PASSOS; DINAMARCO, 1988. p. 94).

Enfatiza-se, a importância do reconhecimento do processo como corpo institucionalizado mais próximos dos indivíduos e das sociedades, onde ambos demonstram-se altamente complexas e conflituais, e, além disso, deixando de ser mero cidadão “das democracias políticas, que pagam com crescentes inquietações sociais essa falta de espaço político deferido ao indivíduo no seu quotidiano, naquilo que se mostra relevante e nos muitos papéis sociais que, nele, é forçado a desempenhar (BOBBIO, 1988. p. 94)

A instrumentalidade processual que constitucionalizou-se, apresenta grande evolução, tendo como um de seus pontos cruciais o livre acesso à justiça, o modo de ser do processo, passando do processo legal ao processo justo, a justiça nas decisões e a utilidade nas decisões, pois assim fazendo com que se advenha o revisionamento dos sistemas jurídicos atuais (RIBEIRO, 2010. p. 78).

Contudo, deve-se com a instrumentalidade processual harmonizar seus conceitos à realidade constitucional e, mais do que isso, visualizar a jurisdição sob o prisma político, incorporando no exercício jurisdicional os princípios e valores que qualificam o processo como instrumento da democracia no Estado democrático de direito

É neste contexto que emerge a construção e um direito processual constitucional que passa a refletir estas e outras questões, e gera um espaço de reflexão crítica dos problemas que afigem, fazendo com que a ordem processual tenha um

comprometimento a política, ou seja, a sua inserção entre as instituições atinentes à vida do próprio Estado com tal e nas suas relações com os membros da população (RIBEIRO, 2010. p. 78).

4 | UMA ANÁLISE POLITICO-JURÍDICA DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Denota-se que a democracia vigente objetiva proporcionar, uma nova alternativa para o florescimento de um espírito participativo do indivíduo na concretização da democracia contemporânea. Segundo Darci a democracia participativa significa a expansão do poder público ascendente que ultrapassará as fronteiras do estritamente político, no qual o indivíduo é figurante apenas como cidadão, onde o adjetivo de participação passa a ser o novo referencial em termos democráticos, inserção e (re) qualificação do povo, para além de mero ícone, para alcançar as relações sociais, considerando o indivíduo também na variedade de seu status e de seus papéis específicos (RIBEIRO, 2010. p. 78).

Gerando maior efetividade da justiça, via realização da função social de vários institutos de direito material para os cidadãos (THAMAY, 2011. p. 86 a 87). Nota-se a participação do cidadão pela busca da tutela jurídica “... dei nuovi diritti sta proprio um questa sua coerenza con il pluralismo delle nostre società, in cui i valori della persona umana, per potersi affermare compiutamente, debbono trovare un garante imparziale, in grado di ergersi al di sora degli altri pubblici poteri” (DENTI, 1988. p. 19).

Com toda essa possibilidade de participação popular através do processo que se coloca como meio de realização da democracia, poderá por proporcionar, claramente, a participação e escutar aquilo que os membros de nossa sociedade têm a dizer, abstraindo as suas dificuldades, visando sempre a solução eficaz que, sendo colocada em prática, pode gerar, em decorrência do alto nível de participatividade.

A atual missão do processo judicial perpassa as conceituações e as formulações até hoje dadas a ele, além de propiciar a participação dos cidadãos (ação individual ou ainda por ações coletivas) que será cada vez mais necessária e mais evidente. Avalia-se que o processo evidencia o espírito participativo do indivíduo acostando-se como elemento intrínseco da democracia, embora saibamos que ela pode ser participativa ou representativa (TEIXEIRA, 2011, p. 84).

Destaca-se o que se deve produzir no que diz respeito à juridificação procedural por meio “... das diretrizes políticas a serem seguidas de modo a que os instrumentos jurídicos possam contribuir para o estabelecimento de um Estado democrático,” orientando-se “... decisivamente para o horizonte da participação política, cada vez mais efetiva e abrangente” (SILVA; DINAMARCO, 1988. p. 109).

Essa orientação que tem como suporte a democracia participativa, passando o indivíduo a cidadão, tem reflexo direto na produção do Direito, criando-se o que Rosemíro Leal chama de Direito Democrático, onde o processo abre, por seus princípios intuitivos (isonomia, ampla defesa, contraditório, um espaço jurídico-discursivo de

auto-inclusão do legitimado processual na comunidade jurídica para construção conjunta da sociedade jurídico-política. Tem-se, assim, no legitimado ao processo, por si próprio, o agente legal (remetente-receptor) do exercício e auto-entrega de sua pessoal cidadania no Estado Democrático de direito (LEAL, 2002, p 150-151).

Por todo exposto, inexiste pureza do direito, pois vê-se contaminado pelo político e o econômico, sendo assim, o processo como instrumento que “parece” ser neutro, estritamente técnico, carregando também está carregado de significação política e tem múltiplas implicações econômicas (PASSOS; DINAMARCO, 1988. p. 83). O processo, como técnica de formulação e realização do direito, está fortemente comprometido com a carga ideológica, políticas e econômicas *que conformam o próprio direito a que ele se vincula, instrumentalmente* (PASSOS; DINAMARCO, 1988. p. 83).

Nesse sentido, o processo ganha novos traços de instrumentalidade que é a partir da elevação do processo como ciência processual, tendo como principal preocupação “observar todo o sistema por perspectivas externas” onde procurou-se “definir conceitos e estruturar harmoniosamente institutos, superando o sincretismo das origens e tornando definitiva a conquista da autonomia do direito processual.” Nesta senda, o processo ganhando essa nova tônica que tem a preocupação alcançar sim a “... garantia de um processo justo”, mais do que um “processo legal”, colocando no primeiro plano ideias éticas em lugar do estudo sistemático apenas das formas e solenidades do procedimento (SILVA, 1997, p. 200).

Respondendo a questão proposta no estudo: **De que forma a democracia participativa pode ocorrer via processo judicial nesta nova realidade social emergente?** Resposta: É através do contraditório que torna-se o ponto principal da investigação dialética conduzida com a colaboração das partes (DINAMARCO, 1988. p. 115) que foi revalorizado a partir da metade do século XX através de *Carnelutti, Satta e Fazzalari*, ambos evidenciaram o caráter dialético, dialogal do processo em uma relação simbólica entre partes e juiz (RIBEIRO, 2010. p.64).

Desta forma, “...el contraditorio es indispensable en el proceso, principalmente a lo que se refiere a lo interés de la justicia y del juez, ya que precisamente en la contraposición dialéctica de las defensas contrarias ...” (CALAMANDREI, 1960. p. 157). Portanto, o contraditório se insere no ambiente da democracia participativa, pois tem estrutura que consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final da sentença, destaque-se, que a deve-se respeitar a “simétrica paridade de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros” dentro do processo (FAZZALARI, 2006. p. 119-120).

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste artigo observa-se a evolução da democracia, modalidades como a democracia social e econômica surgiram, trazendo um novo desenho para

o ordenamento jurídico e influências claras para o constitucionalismo. Contudo a maturidade político deliberativa da sociedade brasileira está longe de ser completamente eficaz, atualmente é frágil, a estabilidade política e econômica, gerou o aumento da complexidade social, que quando conjugada com o fortalecimento e a redefinição dos papéis de instituições públicas e privadas como o Ministério Público; a Defensoria Pública; as organizações não governamentais; a imprensa e os movimentos sociais.

Inclusive com a criação de um novo espaço público, principalmente o virtual, como: a internet e as redes sociais, que é ao mesmo tempo mundial e local, foi capaz de gerar toda uma gama de novas demandas políticas e sociais além de recuperar e remodelar as antigas demandas, as quais exigem um aprimoramento dos mecanismos deliberativos procedimentais vigentes.

Contudo, o processo não deve ser visto de forma rigorosa elaborada pelo Poder Legislativo, deve-se realmente ressaltar a sua realidade, que com esta faz nascer o direito que se representa como melhor defesa na reflexão teórica e experiência prática em uma perspectiva processual,” (MORO, 2012. p. 14), onde os que participam em um caso concreto, não sejam vistos como bonecos mecânicos construídos em série, mas sim homens vivos, cada um localizado em sua individualidade e um mundo social, com sentimentos, interesses, opiniões e costumes (CALAMANDREI, 1960. p. 55-56)

Se para ser democrático um Estado deve contar, a partir das relações de poder estendidas a todos os indivíduos, com um espaço político demarcado por regras e procedimentos claros, que efetivamente assegurem espaços de interlocução e participação de todos os interessados, bem como o atendimento às demandas públicas da maior parte da população, o caminho para uma verdadeira democracia deliberativa no Brasil parece ainda estar longe de ser alcançado.

Observa-se que os Estados Democráticos de Direito tem reflexo direto nas Constituições, pois erigindo-se nelas garantias processuais, apresentando-se estas como exigências democráticas construindo-se um processo que perpasse e reformule seus objetivos e finalidades estimulando pela sociedade complexas altamente conflitivas, faz-se assim necessário que ocorra a contenção do poder arbitrário dos juízes para que o processo torne-se justo exigindo a fundamentação das sentenças judiciais.

Pois, assim a reformulação do processo exige que os juízes saiam de sua neutralidade para transformarem-se em protagonistas, “institucionalizando-se uma magistratura socialmente comprometida e socialmente controlada, mediadora confiável tanto da solução dos conflitos individuais como dos conflitos sociais que reclamem e comportem solução mediante um procedimento contraditório”¹, que se insere no ambiente da democracia participativa, pois tem estrutura que consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final da sentença, no processo judicial.

1 PASSOS, J. J. Calmon de. *Democracia, Participação e Processo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. p. 95-96.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Roberto. A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa. In/; Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 19; *Apud* THAMAY, Rennan Faria. **A Democracia Efetivada Através Do Processo Civil**. Lex Humana, v. 3, n. 2, 2011.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ARISTÓTELES. **Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília. Livro VI, Cap. II.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. Rio de Janeiro: Campus Editora, 2000.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1986.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1998.
- BRINZ; *Apud* BERNAL, Antonio Martínez. **La misión del proceso en el sistema del derecho**. Fecha de publicación. Editor/es: Murcia: Universidad de Murcia, 1943.
- BERNAL, Antonio Martínez. **La misión del proceso en el sistema del derecho**. Fecha de publicación. Editor/es: Murcia: Universidad de Murcia, 1943.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 199.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa** – por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo, Malheiros, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BROWN, George Spencer. **Laws of Form**. New York: Bantam Books, 1973.
- CALMON DE PASSOS, Joaquim José. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7^a Edição. Coimbra: Almedina, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7^a Ed. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7^a Edição. Coimbra: Almedina, 2001.
- CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Tercera Edición (Póstuma). Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958.
- COUTURE, Eduardo J. **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Tomo I. Buenos Aires: Ediar Soci.

CASTANHEIRA NEVES. **As Fontes do Direito e o problema da positividade jurídica.** In. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LI, Coimbra, 1975.

CARNAP, Rudolf. ***The Logical Sintax of Language***. London: Smeaton, 1937.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança:** movimentos sociais na era da internet. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CASTORIADIS, Cornelius. ***Les carrefours de Labyrinthe II: Domaines de L'homme***. Paris: Seuil, 1986.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva:** elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Editora das Américas S.A. EDAMERIS, 1961.

DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. p. 412.

DINAMARCO, Cândido R.. ***Escopos Políticos do Processo***. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança:** uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

LEAL, Rosemíro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Landy, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. ***O Estado-Juiz na democracia contemporânea:*** uma perspectiva proceduralista. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. Trad. George Sperber. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Volume I. 2^a ed. Trad. Flávio Beno Sieneneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MOREIRA, Luiz. **A fundamentação do direito em Habermas**. 2^a. Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.; *Apud* LEAL, Rosemíro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Landy, 2002.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 4^a ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Democracia, Participação e Processo**. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

RAATZ, Igor. **A organização do processo civil pela ótica da teoria do Estado:** a construção de um modelo de organização do processo para o estado democrático de direito e o seu reflexo no projeto do CPC. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte , v. 19, n. 75, p. 97-132, jul. /set. 2011. p. 25.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RIBEIRO, Darci G. **Da Tutela Jurisdicional Às formas de tutela**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2010.

SARTORI, Giovani. **A Teoria da Democracia Revisitada**: as questões clássicas. São Paulo: Ed. Ática, 1994^a.

SARTORI, Giovani. **A Teoria da Democracia Revisitada**: o debate contemporâneo. São Paulo: Ed. Ática, 1994b.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. Organização de Charles Bally e Albert Sechehaye com a colaboração de Albert Riedlinger. Trad. de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 24^a ed. São Paulo: Pensamento-Cultrix, 2002.

SILVA, Ovídio A. Batista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma Racionalista. 2. Ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

THAMAY, Rennan Faria. **A Democracia efetivada através do Processo Civil**. Lex Humana, v. 3, n. 2, 2011.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. vol. 1. 2^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. As garantias do cidadão na justiça, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1993, p.79 e ss.; *Apud* THAMAY, Rennan Faria. **A Democracia Efetivada Através Do Processo Civil**. Lex Humana, v. 3, n. 2, 2011.

KAUFMANN, Arthur. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa (Portugal): Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFLITO COM A ESTRUTURA DO ESTADO NA PERSPECTIVA DA SUSTENTABILIDADE SOCIAL

Isabela Borges Cilião

Advogada. Pós-Graduanda em Processo Civil e Direito Civil pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Estado Democrático de Direito, pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (Fempar), endereço eletrônico: isa_ciliao@hotmail.com

Marcus Vinicius Bialta Bueno

Bacharel em Direito. Pós-Graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-Graduando em Processo Penal pela Faculdade Damásio Educacional S/A. Graduado em Direito Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Campus Londrina, endereço eletrônico: markkus_05@hotmail.com

RESUMO: O presente artigo tem por escopo, em face da falta de efetividade de políticas públicas, da péssima administração do Estado e da falta de prioridade em proporcionar a população o mínimo de dignidade da pessoa humana, bem como assegurar e efetivar os direitos fundamentais visando a garantia de tais direitos de uma maneira sustentável, seja em prol de um indivíduo ou de uma coletividade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Sustentabilidade. Políticas Públicas.

ABSTRACT: Given the lack of effectiveness of public policies, the present article has its scope the poor administration of the State and the lack

of priority in providing the population with the minimum dignity of the human person, as well as ensuring and realizing fundamental rights in order to guarantee rights in a sustainable way, either for the benefit of an individual or a collectivity.

KEYWORDS: Fundamental rights. Social Sustainability. Public policy.

1 I INTRODUÇÃO

O presente artigo se aterá à possibilidade de garantia, pelo sistema de Justiça, de efetivação dos direitos fundamentais assegurados na Carta Magna, pelo viés da sustentabilidade social, apesar da engessada estrutura do Estado Brasileiro.

De início, o artigo em tela dissertará acerca dos direitos fundamentais e suas dimensões, tal como a sustentabilidade e demais aspectos. Tratar-se-á das ineficazes políticas públicas, com a finalidade de se fazer cumprir o âmago de tais políticas, isto é, de retirar os direitos fundamentais do plano teórico, trazendo-os para o plano prático.

2 I DIREITOS FUNDAMENTAIS

No que tange aos direitos fundamentais,

a primeira questão que se levanta, consoante Bonavides (2015, p. 574), é a seguinte: “podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais serem usadas indiferentemente? ”. O próprio autor responde tal indagação alegando que, apesar da trivialidade com que se tem usado tais expressões, “o emprego mais frequente de direitos humanos e direitos do homem ocorrem entre autores anglo-americanos e latinos, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar mais circunscrita à preferência dos publicistas alemães”.

Paulo Bonavides parafraseando Konrad Hesse (2015, p. 574 apud HESSE, 1982) corrobora que os direitos fundamentais almejam criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade da pessoa humana. Em continuidade com esta definição, o autor atesta, ainda, numa acepção mais restrita e normativa, que “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”.

Tratando-se do conceito de direitos fundamentais, veja-se as lições de Bonavides citando Schmitt (2015, p. 575 apud SCHMITT, 1954, p. 163):

Os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis ou pelo menos de mudança dificultada, a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição.

Em suma, direitos fundamentais são aqueles previstos constitucionalmente com o escopo de salvaguardar a dignidade humana. Neste prisma, verifica-se, no Título I da nossa Carta Magna, tratar-se a dignidade da pessoa humana de um princípio fundamental. Urge acrescentar que tais direitos são inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis.

Neste sentido, Moraes corrobora que os direitos fundamentais consistem em:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. (MORAES, 2002).

Quando o assunto é direitos fundamentais, torna-se inviável entendê-lo sem adentrar em seu âmago histórico, a contar, de suas gerações. De modo mais específico, falam-se em 3 gerações de direitos fundamentais (na verdade, falam-se em 5 gerações, porém, apenas as 3 primeiras estão em pleno consenso dentre os mais célebres doutrinadores e juristas, além de serem mais significantes para o artigo em tela), a saber: direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade.

2.1 Direitos Fundamentais da Primeira Geração

Os direitos fundamentais de primeira geração, segundo leciona Bonavides parafraseando Schmitt (2015, p. 575 apud SCHMITT, 1954, p. 163) são:

Os direitos fundamentais propriamente ditos, são, na essência, entende ele, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. E acrescenta: numa acepção estrita são unicamente os direitos de liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável.

Acrescenta, ainda (BONAVIDES, 2015, p. 577):

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

Por fim, infere-se:

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são os direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, 2014, p. 578).

Em suma, os direitos de primeira geração “são por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais atual”. (BONAVIDES, 2015, p. 578).

2.2 Direitos Fundamentais da Segunda Geração

Em relação aos direitos fundamentais de segunda geração; os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos, insta salientar que:

Foram introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de que os ampara e estimula.

Tendo em vista que tais direitos exigiam (e ainda exigem) do Estado determinadas prestações materiais que nem sempre foram executadas, seja pela falta ou pela insuficiência de recursos, tais direitos foram classificados como de aplicabilidade mediata, isto é, apesar do direito existir, necessitava-se (e ainda necessita) de uma regularização por meio do legislador.

Enfatiza-se que a dificuldade não se encontra apenas na necessidade de uma lei para regulamentar o direito fundamental e tampouco no bom-senso do legislador, o problema que vigia no século XX era a falta de garantias que efetivassem sua execução.

Contudo, “com o advento dos direitos fundamentais de segunda geração, os

publicistas alemães, a partir de Schmitt, descobriram também o aspecto objetivo, a garantia de valores e princípios com que escudar e proteger as instituições". (BONAVIDES, 2014, p. 579).

Destarte, leciona Bonavides (BONAVIDES, 2015, p. 579):

Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude.

Descobria-se assim um novo conteúdo dos direitos fundamentais: as garantias institucionais.

Neste momento, tendo em vista o objetivo do estudo em tela, faz-se plausível um adendo. Os obstáculos supracitados para a real concretude dos direitos fundamentais da segunda geração (ressalta-se que se tratava do século XX) ainda perduram – e muito - no Brasil. Apesar da expressa previsão de muitas garantias, aparentemente, protetivas e eficazes para a aplicabilidade dos direitos resguardados, verifica-se que aquelas não extrapolam o plano teórico; tudo não passa de “meras” leis escritas em papel.

2.3 Direitos Fundamentais da Terceira Geração

Em oposto às demais gerações, os direitos fundamentais da terceira geração não têm por enfoque o homem como indivíduo ou seus direitos individuais e coletivos, mas sim o gênero humano. Trata-se de um direito que se embasa na fraternidade.

Desta forma, consoante Bonavides (BONAVIDES, 2015, p. 584):

Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais.

Ademais, “foram identificados cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração: direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação”. (BONAVIDES, 2015, p. 584).

Urge acrescentar que, segundo Bonavides parafraseando Mbaya, “o direito ao desenvolvimento diz respeito tanto a Estados como a indivíduos; relativamente a indivíduos ele se traduz numa pretensão ao trabalho, à saúde e à alimentação

adequada". (BONAVIDES, 2015, p. 584 apud MBAYA)

Isto posto, infere-se que os direitos de terceira geração se diferenciavam dos demais por conceberem garantias não apenas à necessidade "momentânea" do homem como indivíduo ou coletividade, mas aquelas que almejassem a prevenção de problemas futuros que assolariam a humanidade, visando proteger, por exemplo, a preservação do meio ambiente, bem como o desenvolvimento.

Não obstante a grandiosidade de tais conquistas, quando se fala em direito ao desenvolvimento, a preocupação se dá no desenvolvimento a todo e qualquer custo, quando países exploram os recursos naturais de maneira contínua e incansável, ou, tratando-se do homem indivíduo que, dentro de suas possibilidades, utiliza-se dos meios; bens que lhe são ofertados de maneira pródiga, sem se preocuparem com o que as necessidades das gerações vindouras.

3 | SUSTENTABILIDADE E SUAS DIMENSÕES

Como prólogo, faz-se indispensável relatar a origem ou, pode-se dizer, de onde se fez necessário o "nascimento" do conceito "sustentabilidade". Neste sentido, Freitas explana sobre o tema, afirmando que, além da sustentabilidade contemplar os danos ambientais sistêmicos:

Quer-se realçar que, a par de suas conhecidas e indissolúveis dimensões (social, ambiental e econômica), a sustentabilidade tem de ser assimilada também na sua dimensão jurídico-política – por se tratar de princípio constitucional gerador de novas obrigações, assim como na sua dimensão ética. É que, para enfrentar os desafios de tornar o mundo habitável, convém não esquecer, ao lado das causas físicas externas, o peso dos males comportamentais e jurídico-políticos, tais como o antropocentrismo excessivo e despótico, a bizarra dificuldade de implementar políticas alinhadas ou a carência de poupanças para manter taxas de investimentos estratégicos em processos qualitativos, sem os quais o desenvolvimento duradouro não passa de miragem. (FREITAS, 2012, p. 24)

A pretensão do desenvolvimento a todo e qualquer custo provém de uma cultura herdada pela humanidade há séculos, de modo que esta busca exacerbada pelo poder tem gerado reflexos danosos ante a própria humanidade, afetando tanto a questão ambiental, quanto as questões sociais, éticas e jurídico-políticas.

Neste sentido, Freitas elucida que se vive numa crise sistêmica; numa crise superlativa e complexa. E, acerca desta "crise", identifica:

Crise do aquecimento global, do ar irrespirável, da desigualdade brutal de renda, da favelização incontida, da tributação regressiva e indireta, da escassez visível de democracia participativa, da carência flagrante de qualidade da educação (inclusive ambiental), das doenças facilmente evitáveis, da falta de paternidade e maternidade conscientes, do stress hídrico global, da regulação inerte, tardia ou impotente, do desaparecimento de espécies, da queimada criminosa, da produção de resíduos que cresce em ritmo superior ao da população e da impressionante imobilidade humana. (FREITAS, 2012, p. 26).

Tendo por enfoque a sustentabilidade num cenário mais específico, no caso o Brasil, o tema em voga passou a ter destaque por conta da questão ambiental, a qual ganhou seus holofotes na década de 1960, após uma fase de intenso crescimento urbano. “Com a crise do petróleo no final da década de 60 e início dos anos 70, a reflexão acerca do futuro, que se apresenta incerto, começa a ser exposta no pensamento político, social e filosófico levando ao questionamento da participação do homem no planeta”. (BARBOSA, 2008, p. 1).

O termo “desenvolvimento sustentável”, consoante leciona Barbosa, “surgiu a partir de estudos da Organização das Nações Unidas sobre as mudanças climáticas, como uma resposta para a humanidade perante a crise social e ambiental pela qual o mundo passava a partir da segunda metade do século XX”. (BARBOSA, 2008, p. 1).

Nesta perspectiva, acerca do conceito de sustentabilidade, Freitas elucida:

Eis o conceito proposto para o princípio da sustentabilidade: trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar. (FREITAS, 2012, p. 41).

Em consonância com o conceito supracitado, o professor desmembra-o em 10 elementos, sendo eles:

(1) a sustentabilidade é princípio constitucional direta e indiretamente aplicável, (2) reclama eficácia (resultados justos, não mera aptidão para produzir efeitos jurídicos), (3) demanda eficiência, sempre subordinada à eficácia, (4) intenta tornar o ambiente limpo, (5) pressupõe a probidade, nas relações públicas e privadas, (6) implica prevenção, (7) precaução (8) e solidariedade intergeracional, com o reconhecimento pleno dos direitos das gerações presentes e futuras e (9) da responsabilidade solidária do Estado e da sociedade, (10) tudo no sentido de propiciar o bem-estar duradouro e multidimensional. (FREITAS, 2012, p. 50).

Ao afirmar o autor que o princípio da sustentabilidade tem eficácia direta e imediata, denota-se que o princípio em tela, tem aptidão para produzir todos os seus efeitos desde sua entrada na Constituição Federal em vigor.

Destarte, urge acrescentar que o princípio da sustentabilidade é um princípio constitucional implícito, incorporado por norma geral inclusiva no artigo 5º, §2º, além de ser encontrado, também, nos artigos 225, §3º e 170, inciso V, ambos da Carta Magna.

Em síntese, “sustentabilidade” é um direito ao bem-estar tanto no presente quanto no futuro, não sendo plausível abordar tal tema fixando os olhos apenas no porvir. No caso em apreço, a crítica vai de encontro (ou confronto) com a estrutura do Estado, quando este se exime de cumprir suas atuais obrigações com a objeção de que se deve “poupar” a fim de garantir “direitos futuros”.

Por fim, antes de adentrar nas dimensões da sustentabilidade, é pontual fazer menção a Freitas quando este afirma que “o desenvolvimento sustentável não é uma contradição em termos, tampouco se confunde com o delírio do crescimento econômico com um fim em si” (FREITAS, 2012, p. 42). Acrescenta ainda:

O desenvolvimento não precisa ser contraditório com a sustentabilidade. Claro que não. Desde que se converta num deixar de se envolver (des-envolver) com tudo aquilo que aprisiona e bloqueia o florescimento integral dos seres vivos. Dito de outro modo, uma vez reconcebido, o desenvolvimento sustentável pode-deve ser sustentável, contínuo e duradouro.

Isto posto, afirma-se que a sustentabilidade não segue direções opostas às do desenvolvimento, muito pelo contrário, a fim de que o desenvolvimento não se dissipe em ruínas é que a sustentabilidade o molda e o condiciona.

3.1 Dimensão Social da Sustentabilidade

Quando se fala em sustentabilidade no seu aspecto social, a crítica recai sobre o paradigma vivido nas sociedades atuais, onde se vê “a sobrevivência enfastiada de poucos, encarcerados no estilo oligárquico, relapso e indiferente, que nega a conexão de todos os seres vivos, a ligação de tudo e, desse modo, a natureza imaterial do desenvolvimento”. (FREITAS, 2012, p. 58).

Não pode haver, sob a égide do novo paradigma, “um espaço para a simplificação mutiladora, assim como não se admite a discriminação negativa (inclusive de gênero)”. Somente são válidas as diferenças orientadas a socorrer os mais desfavorecidos, por intermédio de ações positivas “que permitam fazer frente à pobreza medida por padrões confiáveis, que levem em conta necessariamente a gravidade das questões ambientais”. (FREITAS, 2012, p. 58).

Freitas salienta que na dimensão social da sustentabilidade se abrigam os direitos fundamentais sociais, e acerca destes direitos explica que:

Requerem os correspondentes programas relacionados à universalização, com eficiência e eficácia, sob pena de o modelo de governança (pública e privada) ser autofágico e, numa palavra, insustentável. Os milhões de idosos, por exemplo, têm de ser protegidos contra qualquer exclusão ou desamparo. O direito à moradia, por sua vez, exige a regularização fundiária e justifica, observados os pressupostos, o direito à concessão de uso de bem público. (FREITAS, 2012, p. 59)

O autor arremata:

No atinente à dimensão em tela, verifica-se, por exemplo, que o mais meritório dos produtos, no quesito da preservação do ambiente, será manifestamente insustentável se obtido por meio do trabalho indecente, para evocar conhecida categoria da OIT. À evidência, o meio ambiente do trabalho não pode prosseguir acidentado, tóxico e contaminado, física e psicologicamente, sob pena de ser insustentável. As escolas, por sua vez, precisam, ao mesmo tempo, educar para competências e habilidades e para o “capital social” produtivo, em vez do desfile de métodos aborrecidos, inúteis e subavaliados. Entretanto, para que cumpram esse

papel, inadiável a tomada de providências estruturais, com o qualificado aumento dos investimentos naquilo que comprovadamente funciona, dado que as escolas não podem continuar a ser depósitos de alunos, perdidos no atraso escolar, na repetência do abandono. (FREITAS, 2012, p. 59).

A sustentabilidade social confronta os falhos, ultrapassados e inócuos métodos de se buscar quantidade ao invés de qualidade; de buscar resultados quantitativos ao invés de se buscar resultados eficazes. Como, por exemplo, o PIB. Ter um dos maiores “PIB’s” do mundo pode não representar muita coisa, “especialmente se o país deixar a desejar em itens como renda per capita, probidade nas relações públicas e privadas, qualidade educacional, respeito à biodiversidade e confiabilidade do ambiente negocial”. (FREITAS, 2012, p. 43).

Destarte, “consigne-se que as sociedades equitativas, não as mais ricas e assimétricas, são aquelas percebidas como as mais aptas a produzir bem-estar”. (FREITAS, 2012, p. 60).

Freitas conclui que a sustentabilidade, em sua dimensão social, reclama:

(a) o incremento da equidade intra e intergeracional; (b) condições propícias ao florescimento virtuoso das potencialidades humanas, com educação de qualidade para o convívio; e (c) por último, mas não menos importante, o engajamento na causa do desenvolvimento que perdura e faz a sociedade mais apta a sobreviver, a longo prazo, com dignidade e respeito à dignidade dos demais seres vivos.

Em síntese, a sustentabilidade social arroga reais condições de se efetivar, atrelando-se ao desenvolvimento os direitos fundamentais sociais, garantindo, assim, a dignidade da pessoa humana.

3.2 Dimensão Ética da Sustentabilidade

No tocante a dimensão ética, esta se embasa “no sentido de que todos os seres possuem uma ligação intersubjetiva e natural, donde segue a empática solidariedade como dever universalizável de deixar o legado positivo na face da terra, com base na correta compreensão darwiniana de seleção natural”. (FREITAS, 2012, p. 61).

Freitas define uma atitude eticamente sustentável como “aquela que consiste em agir de modo tal que possa ser universalizada a produção do bem-estar duradouro, no íntimo e na interação da natureza”. (FREITAS, 2012, p. 61).

Sabe-se que a percepção ética habita no íntimo de cada um, bem como em sua esfera racional, porém, tratar-se-á, especificamente, da referida dimensão no que tange a obrigação do Estado em aplicá-la.

Dessarte, o autor acrescenta:

O próprio Estado Constitucional, bem observado, só encontra sentido a serviço dos fins éticos fundamentais, diretamente relacionados à sustentabilidade do bem-estar.

Não por outro motivo, pode-se dizer que, para o princípio da sustentabilidade, importa é a vontade ética, ou seja, coerente, principalista e capaz de produzir bem-estar

material e imaterial ao maior número possível, sem perder de vista o ideal regulador do bem de todos (CF, art. 3). Por certo, a atitude ética da sustentabilidade nada tem a ver com o moralismo, que jamais se universaliza de modo satisfatório. Nem sucumbe ao relativismo hipócrita, eis que existem consensos éticos indispesáveis. (FREITAS, 2012, p. 62).

No tocante ao Estado, apesar de óbvio, é irrefutável afirmar que todas as suas ações devem visar o bem-estar comum; atuando, assim, embasado nos princípios fundamentais, além do dever de fiscalizar e punir todo tipo de corrupção, seja direta ou indireta, uma vez que torna o Estado e suas ações insustentáveis.

Adentrando nos elementos da dimensão ética da sustentabilidade, Freitas pontua que, em síntese, a sustentabilidade reconhece:

(a) a ligação de todos os seres, acima do antropocentrismo estrito, (b) o impacto retroalimentador das ações e omissões, (c) à exigência de universalização concreta, tópico-sistemática do bem-estar e (d) o engajamento numa causa que, sem negar a dignidade humana, proclama e admite a dignidade dos seres vivos em geral. (FREITAS, 2012, p. 63).

Tal dimensão, desse modo, “reclama, sem subterfúgios, uma ética universal concretizável, com o pleno reconhecimento da dignidade intrínseca dos seres vivos em geral, acima dos formalismos abstratos e dos famigerados transcendentalismos vazios”. (FREITAS, 2012, p. 62).

3.3 Dimensão Econômica da Sustentabilidade

No tocante a dimensão econômica da sustentabilidade, Freitas aduz que “se evoca, aqui, a pertinente ponderação, o adequado “trade-off” entre eficiência e equidade, isto é, o sopesamento fundamentado, em todos os empreendimentos (públicos e provados), dos benefícios e dos custos diretos e indiretos (externalidades) ”.

Ademais, quando se fala na dimensão econômica, fala-se também no custo-benefício, de modo que se orienta a fazer “bons gastos” em vez de mais gastos, como, por exemplo, o investimento educacional. Neste sentido, explana o jurista supracitado:

O investimento educacional robusto amplia a renda, numa equação custo-benefício que pende para as externalidades altamente positivas, tornando-se prioridade das prioridades.

Como o abandono da pobreza liberta para alçar voos maiores, nada mais sustentável do que investir naquilo que promove a emancipação econômica. (FREITAS, 2012, p. 66).

Verifica-se, por fim, que:

A visão econômica da sustentabilidade, especialmente iluminada pelos progressos recentes da economia comportamental, revela-se decisivo para que: (a) a sustentabilidade lide adequadamente com custos e benefícios, diretos e indiretos, assim como o “trade-off” entre eficiência e equidade intra e intergeracional; (b) a

economicidade (princípio encapsulado no art. 70 da CF) experimente o significado de combate ao desperdício “lato sensu” e (c) a regulação do mercado aconteça de sorte a permitir que a eficiência guarde real subordinação à eficácia. (FREITAS, 2012, p. 67).

Neste sentido, Goés sintetiza que, no tocante a referida dimensão:

(...) esta convida à mudança de comportamento e reformulação das práticas empreendedoras públicas e privadas, mediante a melhor avaliação dos custos e benefícios diretos e indiretos, tanto em curto, quanto em longo prazo, para tornar a gestão de recursos mais eficiente e eficaz. (GÓES, 2014, p. 184).

Em suma, a dimensão econômica da sustentabilidade não pressupõe uma abrupta supressão dos gastos públicos, mas sim uma reestruturação de tais gastos, buscando, por meio de um planejamento sustentável, maneiras mais profícias e eficientes que garantam o cumprimento tanto dos atuais quanto dos vindouros encargos atribuídos ao Estado.

3.4 Dimensão Jurídico-Política da Sustentabilidade

Acerca da dimensão jurídico-política, Freitas ventila:

Ecoa o sentido de que a sustentabilidade determina, com eficácia direta e imediata, independentemente de regulamentação, a tutela jurídica do direito ao futuro e, assim, apresenta-se como dever constitucional de proteger a liberdade de cada cidadão (titular de cidadania ambiental ou ecológica), nesse status, no processo de estipulação intersubjetiva do conteúdo intertemporal dos direitos e deveres fundamentais das gerações presentes e futuras, sempre que viável diretamente. (FREITAS, 2012, p. 67).

Assim, pode-se dizer que não se trata de um princípio potencial, mas de um princípio vigente, e, neste prisma, prossegue o autor que:

Supõe o reconhecimento de novas titularidades e a completa revisão das teorias clássicas dos direitos subjetivos: acolhe-se, mercê do novo paradigma, o direito fundamental de gerações futuras, que sequer nascituros são. Supõe, ainda, novo limitador estatal que incorpora a proibição de toda e qualquer crueldade contra os seres vivos, não somente humanos. Supõe nova concepção dos bens jurídicos, disponibilidade e funcionalização. Supõe outra concepção de trabalho, consumo e produção, com a ampliação da tutela do consumidor futuro. Supõe redesenhar o Direito Administrativo da Regulação, que não mais sucumba à omissão causadora de danos inter e intrageracionais, sob a alegação de riscos de captura.

Ecoa o sentido de que a sustentabilidade determina, com eficácia direta e imediata, independentemente de regulamentação, a tutela jurídica do direito ao futuro e, assim, apresenta-se como dever constitucional de proteger a liberdade de cada cidadão (titular de cidadania ambiental ou ecológica), nesse status, no processo de estipulação intersubjetiva do conteúdo intertemporal dos direitos e deveres fundamentais das gerações presentes e futuras, sempre que viável diretamente. (FREITAS, 2012, p. 68).

Conclui-se que, este encadeamento de mudanças não provém de uma norma vaga, mas de um princípio jurídico vinculante que tem por escopo garantir a tutela

efetiva dos direitos relativos ao bem-estar das atuais gerações sem prejuízo das gerações vindouras.

Ademais, destaca-se que este princípio visa resguardar os direitos fundamentais relativos a longevidade digna; a alimentação sem excesso e carências; ao meio ambiente limpo; a educação de qualidade; a democracia, preferencialmente direta; a informação livre e de conteúdo qualificado; ao processo judicial e administrativo com desfecho; a segurança; a renda oriunda do trabalho decente; a boa administração pública e a moradia digna e segura. (FREITAS, 2012, p. 70).

Por fim, salienta-se que a principal questão que se aborda quando se trata da dimensão jurídico-política da sustentabilidade é como será possível o progresso das atividades políticas, bem como de que modo se determinará o embasamento dos alicerces jurídicos estaduais em prol de um sustentável desenvolvimento. De modo que, “isto revela a necessidade de se ter um sistema político capaz de produzir normas estáveis, coerentes e competitivas em termos globais, que ao final, evitem a judicialização da efetividade da política”. (GÓES, 2014, p. 185).

4 | POLÍTICAS PÚBLICAS E A ESTRUTURA DO ESTADO

Políticas Públicas, consoante as lições de Freire Júnior, “é a expressão que pretende significar um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito”. (FREIRE JR., 2005, p. 47).

As políticas públicas são instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais. Uma vez que de nada vale o mero reconhecimento formal de tais direitos se estes não vêm acompanhados de mecanismos capazes de efetivá-los.

Neste prisma, reforça Góes, ao afirmar que, a Constituição de 1988 foi promulgada visando extremo compromisso com a dignidade da pessoa humana, fazendo, assim, do Estado Democrático Brasileiro um Estado de Reciprocidade e Solidariedade Social, mas que, todavia, em face da inexistência de uma estrutura administrativa prestacional condicente, acaba por dotar o texto constitucional de face humana, porém, inócuo e desprovido de realidade. (GÓES, 2014. P. 178)

Cediço é que no pretérito cenário nacional, no qual ocorreram a promulgação e a consolidação dos direitos fundamentais, o Estado não tinha condições de abarcar e efetivar tais garantias. Lamentavelmente, vê-se que no hodierno cenário nada mudou em relação ao tema. Apesar da subsistência das políticas públicas, nota-se que raras vezes aquelas atingem sua finalidade com eficiência.

Góes clarifica:

De outro lado, as pressões sociais se mantém sobre o Estado, e este se torna cada vez mais socialmente ingovernável diante do défice público originado pelas tentativas de atender as novas e crescentes demandas por políticas públicas

sociais, cada vez mais acentuadas por diversos fatores, dentre eles: o crescimento demográfico; o aumento da expectativa de vida e o consequente envelhecimento populacional; o aumento de eventos climatéricos extremos em consequência de alterações climáticas; a alteração da estrutura familiar por meio do crescimento das dissoluções matrimoniais e a formação de famílias monoparentais associada à inserção da mulher no mercado do trabalho; a multiplicação de famílias que necessitam de mais de uma fonte de renda (onde deixar crianças, os idosos e os familiares doentes?); a consolidação da sociedade do conhecimento e do capitalismo cognitivo, que exige do Estado a formação educacional contínua para alcançar o melhoramento profissional. (GÓES, 2014, 177).

Muitas são as obrigações do Estado como “Estado Provedor” perante a sociedade, de modo que sobejam argumentos acerca da limitação dos cofres e dos gastos públicos, regulados por leis específicas, além do seu afamado “resguardo” no princípio da reserva do possível.

Para o artigo em tela, é imprescindível adentrar no conceito do “princípio da reserva do possível” ou “princípio da reserva da consistência”. Trata-se de um axioma utilizado pelo Estado para se eximir ou justificar sua limitada atuação à efetivação dos direitos sociais, em razão de suas condições socioeconômicas e estruturais.

Consoante Barcellos: “A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a ser por ele supridas”. (BARCELLOS, 2011).

O princípio em voga tem sido usado levianamente pelo Estado, com o intuito de relativizar garantias em detrimento de direitos sociais. Irrefutável é que não há como gerir os recursos custeando o que todos necessitam, uma vez que aqueles são finitos. Não obstante, observa-se que no Brasil o que se sobreleva são as questões orçamentárias e, não havendo recursos, as (não) possibilidades de efetivação das políticas públicas, escusando-se o Estado do dever de garantir e assegurar a aplicabilidade dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos à população.

O referido princípio não pode ser utilizado com o escopo de justificar a falta de recursos materiais para a concretização dos direitos fundamentais; não pode ser utilizado como escusa para a omissão e a desídia estatal.

A Constituição da República contém normas ditas programáticas, o que, segundo Coutinho, equivale a dizer (COUTINHO, 2013, p. 190):

Normas que preveem objetivos a serem alcançados por meio de políticas públicas (como a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades regionais e sociais, decorrentes do artigo 3) - e comandos que explicitam valores a serem perseguidos pelo legislador infraconstitucional, juízes e administradores públicos.

Aduz ainda que “as questões de eficácia, da efetividade e da vinculação dos direitos sociais e das normas programáticas em relação a legisladores, juízes e autoridades públicas vêm mobilizando os constitucionalistas brasileiros há algumas décadas”. (COUTINHO, 2013, p. 190).

Neste sentido, Coutinho deslinda que (2013, p. 190):

Ao mesmo tempo que avançava, no campo jurídico, o debate doutrinário sobre as normas programáticas, seu status e eficácia, como resultado do aumento progressivo da judicialização das relações sociais e políticas, desde a década de 1980 uma larga gama de assuntos e conflitos passou a ser levada aos tribunais, sendo a discussão sobre a judicialização de políticas-públicas – isto é, sobre os limites de intervenção (ou da “correção”), pelo Judiciário, em políticas públicas – um dos assuntos que mais atenção dos juristas vem recebendo.

No caso do Brasil, o referido debate tem como principal parâmetro jurídico a norma expressa no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL, 1988).

Neste sentido, acrescenta o autor (COUTINHO, 2013, p. 190):

Essa norma impede o Judiciário de recusar a análise de qualquer política pública – ou de qualquer ato administrativo por ela editado – que lese ou ameace lesar direitos. Em termos práticos, significa que nenhuma política está imune ao questionamento e à revisão judiciais. Isso está longe de significar, porém, que se trata de uma questão trivial: as formas como os juízes podem enfrentar políticas públicas que chegam ao seu crivo por meio de ações individuais e coletivas são muito diferentes.

Há magistrados que consideram como uma de suas funções institucionais a possibilidade de alterar, remodelar, interromper ou mesmo criar uma política pública. Tais juízes tendem a decidir de maneira voluntária e, também, “a atribuir ao Judiciário a responsabilidade ativa de pôr em curso políticas públicas em relação às quais o governo se revele eventualmente omissivo, além de corrigir os rumos de programas que fogem do objetivo da constituição”. (COUTINHO, 2013, p. 190).

Consoante afirma Freire Junior:

A tutela coletiva tem condições de instrumentalizar o controle das políticas públicas de modo a fornecer à Constituição densidade suficiente para a tutela dos direitos transindividuais. Nesse contexto, é de ser repensada a atuação do Parquet, uma vez que a Constituição Federal de 1988 viabilizou um novo papel ao Ministério Público, colocando no fortalecimento dessa instituição a esperança de que existisse um órgão capaz de viabilizar, pelo direito de ação, a implementação dos nobres ditames do Estado Democrático de Direito.

A implantação de políticas públicas “por meio da ação civil pública não tem qualquer limitação, mas pelo contrário, por causa da largueza de sua aplicabilidade é a arma que mais tem produzido efeitos no controle da conduta comissiva ou omissiva da Administração”. (FERNANDES, 2014, p. 291).

Destarte, “o cabimento da Ação Civil Pública para a implantação ou correção de políticas públicas, através do processo coletivo, possibilita a concretização do controle judicial na efetivação dos direitos fundamentais. (FERNANDES, 2014, p. 291).

Todavia, se o Estado se respalda no princípio da reserva do possível e, em contrapartida, o Ministério Público e o Poder Judiciário, para asseverar a concretude da dignidade da pessoa humana, embasam-se nos direitos fundamentais, qual princípio

deve prevalecer diante da colisão preceitual?

Bonavides, citando Alexy, leciona que se ocorre uma colisão entre princípios, “esta ocorre, por exemplo, se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar”. Isto, porém, não significa que o princípio abdicado seja declarado nulo, tampouco que uma cláusula de exceção nele se introduza. (BONAVIDES, 2015, p. 285 apud ALEXY, 2015, p. 93).

Acrescenta o autor: “antes, quer dizer – elucida Alexy – que, em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária”. (BONAVIDES, 2015, p. 285 apud ALEXY, 2015, p. 93).

Logo, quer-se dizer que “os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera”. (BONAVIDES, 2015, p. 285 apud ALEXY, 2015, p. 93).

Deste modo, apesar da magnitude do princípio da reserva do possível, os direitos fundamentais, por cabida ponderação, costumam prevalecer, tendo, nos casos concretos, mais peso sobre aquele.

5 | CONCLUSÃO

Tendo em vista a realidade do cenário nacional, nota-se que os direitos fundamentais - aqueles direitos que asseguram a dignidade da pessoa humana e que compõem as bases do Estado de Direito - têm sido preteridos por políticas públicas ineficazes, pelo descaso político e pela destinação equivocada dos recursos públicos.

O sistema de Justiça tem atuado de maneira a confrontar tais ações (ou omissões) do Estado, visando a efetivação dos referidos direitos, inclusive, pelo viés da sustentabilidade social, que assegura a efetivação dos direitos fundamentais e sociais às gerações vindouras.

Por vezes escusando-se da sua responsabilidade perante a sociedade, o Estado se orienta pelo princípio da reserva do possível e em leis de responsabilidade fiscal. Considerando a finitude dos recursos do erário, seria irrealizável atender a necessidade de todos, contudo, é possível que a destinação de tais recursos seja direcionada para as reais demandas da sociedade, bem como para a implementação de políticas públicas mais eficientes e qualitativas.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Gisele Silva. **O Desafio do Desenvolvimento Sustentável**. 4^a ed. Revista Visões, n. 4, volume 1, jan/jun., 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

COUTINHO, Diogo R. **A política pública como campo multidisciplinar: O Direito nas políticas públicas**. São Paulo: Editora Unesp; Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013.

FERNANDES, Daniela Tupinambá. **Atuação do Ministério Público para efetivação de políticas públicas por meio da ação civil pública**. Curitiba: Editora Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, n. 1, p. 289, dez. 2014.

FREIRE JR., Américo Bedê. **O Controle Constitucional das Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade - Direito ao Futuro**. 2^a ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

GÓES, Winnicius Pereira de. **A contratualização de Políticas Públicas Sociais**. Revista de Contratos Públicos, n. 10, jan./abr., 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: Teoria Geral**. 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

O IMPACTO DAS FAKE NEWS E O FOMENTO DOS DISCURSOS DE ÓDIO NA SOCIEDADE EM REDE: A CONTRIBUIÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSOLIDAÇÃO DEMOCRÁTICA

Isadora Forgiarini Balem

Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito
Santa Maria- Rio Grande do Sul

o cerceamento desmedido da liberdade de expressão, cuja limitação deve se dar, sempre, *a posteriori*.

PALAVRAS-CHAVE: democracia; “fake news”; “hate speech”; liberdade de expressão.

ABSTRACT: The immoderate exercise of the constitutional right to freedom of expression can lead to the illicit abuse of this prerogative through the dissemination of fake news and hate speech in the context of the network society due to the broad access of the population to digital media and the peculiar characteristics of the cybernetic environment. It happens that a right that intended to safeguard the autonomy of the individual and to strengthen the popular participation in the democracy can, before the excesses, contribute to the undesirable exclusion of those that are targets of the false news or the discourses of hatred. Although the state regulation of the media is an alternative in the fight against the violation of the dignity of the human person due to the abusive unfolding of freedom of expression, care must be taken that censorship is not (re) installed. The importance of the balancing of interests in this case emerges as a more appropriate instrument to indicate which right should prevail. By means of the sub-principles of proportionality, the excessive restriction of freedom of expression is avoided, and its limitation must always be *a posteriori*.

RESUMO: O exercício imoderado do direito constitucional à liberdade de expressão pode levar ao abuso ilícito dessa prerrogativa, por meio da disseminação das “fake news” e do “hate speech” no contexto da sociedade em rede, em razão do amplo acesso da população às mídias digitais e às características peculiares do ambiente cibernetico. Ocorre que um direito que tencionava resguardar a autonomia do indivíduo e fortalecer a participação popular na democracia pode, diante dos excessos, contribuir para a indesejável exclusão daqueles que são alvos das notícias falsas ou dos discursos de ódio. Embora a regulação estatal dos meios de comunicação seja uma alternativa no combate à violação da dignidade da pessoa humana em razão dos desdobramentos abusivos da liberdade de expressão, há que se ter cautela para que não seja (re)instalada a censura. Emerge, então, a importância da ponderação de interesses no caso concreto, como instrumento mais adequado para indicar qual direito deve prevalecer. Por meio dos subprincípios da proporcionalidade, evita-se

1 | INTRODUÇÃO

Em passo trôpego, o legislador avança mais lentamente que os fatos sociais, os quais evoluem vertiginosamente, exigindo normas e providências. Acompanhando o ritmo do surgimento de novas tecnologias, novos valores emergem e, desprotegidos, reclamam por tutela.

Como resultado de uma construção eclética, a Constituição Federal de 1988¹ consagra um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, os quais em razão da ausência de hierarquia estabelecida *a priori*, frequentemente colidem entre si. Um dos mais emblemáticos exemplos da sociedade em rede na qual estamos inseridos, é o choque entre a liberdade de expressão e informação *versus* a dignidade humana e o princípio democrático, enquanto valores indispensáveis ao Estado Democrático de Direito.

Não há que se olvidar que um dos mais importantes fundamentos da liberdade de expressão é a autonomia do indivíduo. Sendo a pessoa humana essencialmente social, a sua comunicação com o outro, mais do que uma faculdade, revela-se como uma verdadeira necessidade. A possibilidade de cada um de divulgar suas convicções políticas, de comunicar o que pensa e o que sente, inclusive a respeito do outro, é dimensão essencial da dignidade humana.²

Nesse sentido, a evolução da sociedade, em virtude da efervescência dos meios de comunicação e do protagonismo a que foi alçada a liberdade de expressão, não está sendo acompanhada pela atuação do poder público, porquanto as medidas (in) existentes não têm sido suficientes para impedir a disseminação de notícias falsas (“fake news”) e a proliferação dos discursos de ódio (“hate speech”), sobretudo nas redes sociais e, consequentemente, a diária violação de direitos fundamentais que elas provocam.

Sob a perspectiva da análise dos conceitos de “fake news” e “hate speech”, este estudo pretende avaliar a liberdade de expressão no contexto da sociedade em rede e a respectiva contribuição para a solidificação (ou não) da democracia, de modo que foi utilizado o método de abordagem dedutivo, bem como o método de procedimento monográfico. Como técnicas de pesquisa adotaram-se, ainda, a de documentação indireta (bibliográfica e documental). O presente artigo encontra-se dividido em duas partes, além da introdução e da conclusão: (1) O excesso da liberdade de expressão na sociedade em rede: As “fake news” e a sua disseminação por meio das mídias digitais” e o “hate speech” e (2) Fake news” e “hate speech” na consolidação da democracia.

1 BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19. ago. 2017.

2 FARIA, Edilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 66-67.

2 | O EXCESSO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA SOCIEDADE EM REDE

2.1 As “fake news” e a sua disseminação por meio das mídias digitais

Sabemos que a notícia circula em torno da ideia de verdade. Não necessariamente a verdade utópica do jornalismo totalmente imparcial, desprovido de interesses, mas aquela que dá o sentido à atividade jornalística, como fonte de informação. Nesse contexto, emerge o conceito das “fake news”, expressão que pode ser entendida como ‘notícia falsa’ e a qual, em verdade, se refere a uma ‘mentira contada na forma de notícia’.

Declarações ambíguas, enviesadas, ou derivadas de enganos são na prática equiparadas a mentiras inventadas pelos mais diversos motivos: ganhar dinheiro dos anunciantes, alcançar resultados eleitorais específicos, formar e influenciar correntes de opinião, induzir metas de políticas públicas, reforçar vínculos de identificação coletiva e, até mesmo, denegrir a imagem de uma coletividade ou segmento social, étnico ou racial.³

Referido assunto ganha ainda mais relevo em razão do resultado obtido com a Pesquisa do Instituto Reuters, no qual resta evidente que cada vez mais brasileiros de grandes centros urbanos usam redes sociais como fonte de notícias.⁴ Elas tem sido, portanto, um instrumento importante na difusão das notícias falsas, eis que a replicação de informações ocorre em velocidade incomparável às mídias tradicionais. Ademais, se observa que a leitura das manchetes muitas vezes são suficientes para que os usuários se sintam atraídos a compartilhá-las, sem se preocuparem com a verificação da fonte e a veracidade da informação que ajudam a disseminar. De maneira geral, segundo levantamento conjunto da Universidade Columbia com o Instituto Nacional de Pesquisa em Informática e Automação, da França, 59% dos links compartilhados não são sequer abertos por quem os compartilha.⁵

Com a explosão de novos meios de comunicação no ambiente digital, distribuídos pela malha includente da sociedade global e se reproduzindo em milhares de polos virtuais dificilmente localizáveis e responsabilizáveis (ética ou juridicamente), torna-se trabalhosa a tarefa da verificação isenta de fatos⁶.

3 JÚNIOR, Owvaldo Giacoia. **E se o erro e a fabulação do engano se revelarem tão essenciais quanto à verdade?** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/02/1859994-e-se-o-erro-e-fabulacao-o-engano-revelarem-se-tao-essenciais-quanto-a-verdade.shtml>> Acesso em: 21 ago. 2017.

4 NEWMAN, Nic; FLETCHER, Richard; KALOGEROPOULOS, Antonis; LEVY, David; NIELSEN, Rasmus. **Relatório de Notícias Digitais 2017**. Disponível em: <https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/Digital%20News%20Report%202017%20web_0.pdf> Acesso em: 22 ago. 2017.

5 SÁ, Nelson De. **Como os grandes jornais e as mídias sociais tentam responder à invenção deliberada de fatos.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/02/1859992-como-os-grandes-jornais-e-as-midias-sociais-tentam-responder-a-invencao-deliberada-de-fatos.shtml>> Acesso em: 22 ago. 2017.

6 JÚNIOR, Owvaldo Giacoia. **E se o erro e a fabulação do engano se revelarem tão essenciais quanto à verdade?** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/02/1859994-e-se-o-erro-e-fabulacao-o-engano-revelarem-se-tao-essenciais-quanto-a-verdade.shtml>> Acesso em: 21 ago. 2017.

No combate aos impactos (sociais, jurídicos, políticos e econômicos) negativos das notícias falsas que – em razão da velocidade e visibilidade que alcançam - tem o poder de influenciar eleições, por exemplo, algumas redes sociais, como o Facebook criaram uma rede de checagem de fatos, as quais contam com os serviços de diversos meios de comunicação, aliados à checadores independentes.⁷ No mesmo sentido, o CrossCheck, foi lançado em fevereiro desse ano, com suporte do Google e do Facebook, envolvendo várias empresas francesas de mídia, para lutar contra a desinformação.⁸

No Brasil, o Relatório da Reuters Institute apurou que alguns meios de comunicação - como o Portal web G1 e jornal O Globo – anunciaram a criação de equipes de verificação de fatos para investigar notícias publicadas na Internet, bem como rumores espalhados nas mídias sociais e até informações retiradas de anúncios oficiais.

Destarte, um dos maiores desafios no combate às “fake news” é assegurar que qualquer medida para coibir sua divulgação, não afete a liberdade de expressão. Como garantir a liberdade de expressão na internet e, ao mesmo tempo, evitar que ela seja utilizada de forma criminosa é uma equação difícil de ser resolvida, mas que merece atenção e discussões da sociedade.

Há que se reconhecer, ainda, que a questão posta transcende as fronteiras geográficas de um país e medidas legislativas, judiciais ou executivas isoladas seriam – ainda que importantes – insuficientes no combate às “fake news”, na medida em que no território cibernetico onde elas se desenvolvem, tais fronteiras são pouco significativas.

Outrossim, a preocupação com a autonomia na liberdade de expressão não se centra apenas na figura do “falante”, alcançando também, com a mesma intensidade, a pessoa do “ouvinte”. De fato, embora seja importante o acesso do indivíduo a temáticas diversas, para que cada um possa desenvolver livremente a sua personalidade e convicções, não há como defender a liberdade de expressão como direito absoluto e a consequente postura totalmente abstenseísta do Estado.

Portanto, partir da premissa que todos os indivíduos possuem a igual capacidade de avaliar e processar a informação que recebe é desconsiderar a imensa desigualdade que permeia a sociedade brasileira, deixando desprotegidos cidadãos que – não obstante suas limitações em analisar criticamente a fonte da notícia recebida – possuem a mesma capacidade de replicar tal informação, contribuindo para a disseminação das **quanto à verdade?** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/02/1859994-e-se-o-erro-a-fabulacao-o-engano-revelarem-se-tao-essenciais-quanto-a-verdade.shtml>> Acesso em: 21 ago. 2017.

7 SÁ, Nelson De. **Como os grandes jornais e as mídias sociais tentam responder à invenção deliberada de fatos.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/02/1859992-como-os-grandes-jornais-e-as-midias-sociais-tentam-responder-a-invencao-deliberada-de-fatos.shtml>> Acesso em: 22 ago. 2017.

8 ANTHEAUME, Alice. **Relatório de notícias digitais 2017: France.** Disponível em: <https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/Digital%20News%20Report%202017%20web_0.pdf> pp. 68. Acesso em: 25 ago. 2017.

“fake news”.

Embora não se defenda a possibilidade do Estado proibir a divulgação de informações que, *a priori*, considere perigosas, não sendo legítimo que ele se substitua aos próprios indivíduos para decidir o que podem ou não ouvir, ressalta-se a importância da autorresponsabilidade individual no contexto das “fake news”, cuja maior incidência em sociedades politicamente polarizada, acabam por desaguar nos discursos de ódio.

Com efeito, a cada oportunidade em que nos deparamos com alguma notícia polêmica, há que se por em prática o juízo crítico com o fito de avaliar, mesmo que superficialmente, a credibilidade de tal informação. O exercício pleno da liberdade de expressão, capaz de contribuir positivamente na construção da democracia, passa pela responsabilidade individual de cada na disseminação das “fake news”.

2.2 “Hate speech”

Não obstante tenha a Constituição Federal de 1988 atribuído grande importância à liberdade de expressão, consagrando-a como direito fundamental (art. 5º, IV e IX)⁹, não estabeleceu a ela caráter absoluto, já que imputou àquele que se exceder, a responsabilidade de reparar o dano causado, sendo observado o princípio da proporcionalidade.

Não há dúvidas, porém, que a liberdade de expressão é elemento essencial em qualquer regime constitucional que se pretenda democrático ao permitir que a vontade coletiva seja formada por meio do confronto livre de idéias, em que todos os segmentos sociais e indivíduos possam participar, seja para exprimir seus pontos de vista ou para ouvir aqueles defendidos pelos demais.

Portanto, a democracia não se limita à realização de eleições livres e periódicas. O ambiente democrático, requer, doravante, a existência de um espaço público consolidado, em que os temas de interesse geral possam ser debatidos com liberdade. Destarte, só assim os indivíduos podem ter acesso às posições existentes sobre as mais diversas questões, o que lhes permite participar conscientemente na sua comunidade política.¹⁰

Nesse sentido, embora haja a consciência geral da importância do direito em questão na consolidação da democracia, os limites da liberdade de expressão são, quase sempre, nebulosos ou deliberadamente atenuados, eis que não possuem uma limitação *a priori*. A diluição de fronteiras e o conforto do anonimato proporcionados pela Internet, instigam a propagação desenfreada de manifestações, dentre as quais, o discurso de ódio.

O discurso de ódio está relacionado, por conseguinte, com a difusão de formas

9 BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 ago. 2017.

10 BINENBOJM, Gustavo. **Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa**: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_360.pdf> Acesso em 26 ago. 2017.

concretas de expressão e de comunicação, dirigidas a grupos definidos por sua raça, religião, orientação sexual, deficiência, etnia, nacionalidade, idade, gênero, filiação política ou outras características pessoais, funcionais ou sociais¹¹. Prática que encontrou nas características peculiares do ciberespaço significativas vantagens, ante a dificuldade de identificação e punição dos responsáveis, além da visibilidade imediata do propagador.

Desse modo, ocorre que a liberdade de expressão – antes conceituada como um direito fundamental – transmuda-se em verdadeira arma de ataque que, revestida de uma proteção constitucional abstrata inviabiliza, por meio do discurso de ódio, o próprio espaço de discussão democrática que tencionava construir.

Um cenário propício para as trocas sociais inerentes a uma sociedade plural não é aquele em que pessoas ofendem-se livremente umas às outras pelas razões mais baixas, usando o direito de liberdade de expressão como escudo, mas na verdade pressupõe a predisposição de cada participante do debate em ouvir e refletir sobre os argumentos apresentados pelos outros, e até, eventualmente, de rever o próprio posicionamento. Ele exige respeito mútuo entre os debatedores, que devem reconhecer-se reciprocamente como livres e iguais.¹²

Assim, ainda que as ideias depreciativas veiculadas nos discursos de ódio não encontrem respaldo explícito no sentimento coletivo, a sua difusão tende a reforçar alguns estereótipos negativos, geralmente já arraigados culturalmente, culminando na valorização negativa da participação daquele segmento vitimizado, mesmo que de forma subconsciente.

Outrossim, após uma manifestação de ódio, a vítima tende a assumir dois comportamentos: responder com semelhante violência – contribuindo para a perpetuação de uma atmosfera beligerante -, ou retirar-se da discussão, invariavelmente amedrontada ou humilhada, promovendo o efeito “silenciador”¹³. Quando não ambos. Nenhum desses sentimentos, por óbvio, acrescenta algo no pretendido fortalecimento democrático calcado na liberdade de expressão.

Ao reconhecermos, portanto, que a democracia não se limita à eventual participação em eleições – pois inclui também a capacidade da coletividade influenciar a formação da vontade coletiva - concluiremos que a exclusão dos integrantes dos grupos estigmatizados, provocadas pelo “hate speech”, são mortais ao intento democrático.

11 KUBLER, F. **How much Freedom for Racist Speech: Transnational Aspects of a Conflict of Human Rights.** Hofstra. L. Ver. Vol 27, 1998, p. 335.

12 BINENBOJM, Gustavo. **Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa:** as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_360.pdf > Acesso em 26 ago. 2017.

13 MEYER-PFLUG, Samanta Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio.** Editora RT: 2009. p. 97.

3 | “FAKE NEWS” E “HATE SPEECH” NA CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA

A concepção da liberdade de expressão como instrumento para a obtenção da verdade parte da premissa de que, no contexto do debate livre entre pontos de vista divergentes sobre temas polêmicos, as melhores idéias prevalecerão. Sob esta perspectiva, a liberdade de expressão é vista não como um fim em si, mas como um meio para a obtenção das respostas mais adequadas para os problemas que afigem a sociedade.

Todavia, o fato de ter sido alcançada, primariamente, à categoria de típica garantia liberal do cidadão contra a autoridade constituída não impediu que algum tipo de limitação ao direito de liberdade de expressão sempre fosse admitida como forma de proteção do “interesse público”.

Assim, a abstração conceitual intrínseca ao sentido de interesse público, somada à dificuldade em sopesar quando o atendimento de tal interesse reside na própria preservação da liberdade de expressão ou não¹⁴, é a linha tênue entre os recentes casos de fake news e hate speech, bem como sua alta incidência no contexto político, impactando sobremaneira as referências democráticas de um Estado.

Ocorre que, de parte sua preocupação com a dimensão individual e defensiva da liberdade de expressão (entendida como proteção contra ingerências indevidas do Estado na livre formação do pensamento dos cidadãos), o constituinte atentou também para a sua dimensão transindividual e protetiva, que tem como foco o enriquecimento da qualidade e do grau de inclusividade do discurso público. Observa-se, portanto, que a Constituição incluiu, ela mesma, os princípios que devem ser utilizados no sopesamento das dimensões defensiva e protetiva da liberdade de expressão.¹⁵

Aqui o dilema é ainda mais visível, na medida em que o conflito ocorre entre as dimensões defensiva e protetiva do mesmo direito fundamental, o qual paradoxalmente impede e requer a atuação estatal quase que simultaneamente. Nesse equilíbrio delicado e complexo, qualquer excesso na intervenção estatal pode dar margem a um governo totalitário e controlador das manifestações discursivas da sociedade civil, ao passo que a sua omissão pode representar a exclusão do discurso público de grupos sociais desfavorecidos e a manipulação desse discurso por grupos hegemônicos que controlam os meios de comunicação de massa.

Com efeito, em que medida a gestão editorial da empresa jornalística deve ceder ante ao direito do indivíduo de ser adequadamente informado sobre assuntos de interesse geral, de cuja satisfação depende sua autonomia pública como cidadão? A resolução adequada dessa quimera, por meio da ponderação entre os interesses em jogo, envolve, indubitavelmente, uma pré-compreensão da dimensão de cada um

14 BINENBOJM, Gustavo. *Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil*. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_360.pdf > Acesso em 26 ago. 2017.

15 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, 1998, p. 302-3.

deles, a fim de que se possa realizá-los em sua máxima efetividade.

Assim sendo, a regulação (legislativa, executiva e, principalmente, judicial) do direito de liberdade de expressão tem sido posta como alternativa aos abusos que são cometidos em seu nome. A intervenção regulatória na liberdade de expressão e imprensa da forma descrita se sujeita a avaliações das distorções causadas pelo mercado sobre o debate público e a necessidade de sua correção pelo Estado ou, de outra banda, a possibilidade de utilização do aparato estatal pelos poderosos e seu uso em sentido oposto ao pretendido pela regulação, isto é, para empobrecer e não para enriquecer o debate público.¹⁶

Tanto em uma quanto em outra hipótese, a regulação deve ter como norte o robustecimento do debate público e o incremento do grau de inclusividade do acesso aos meios de comunicação social. Neste ponto, sobreleva a importância da concessão de acesso preferencial aos órgãos da chamada grande imprensa a grupos minoritários ou política e economicamente desfavorecidos. Propiciar a participação desses segmentos no mercado de ideias, além de significar a promoção da sua autonomia como expressão de sua dignidade, representa também um ganho para o processo democrático, com o aumento do número de partícipes racionais e de pontos de vista distintos no diálogo público.¹⁷

A questão se mostra delicada porquanto a probabilidade da regulação estatal da liberdade de expressão culminar no solapamento do próprio direito é imensa, eis que o mesmo órgão seria responsável por determinar o que é considerado abuso ou não, ao invés dessa definição emanar de um senso comum. Nesse passo, é fácil antever que as convicções (político-filosóficas) de uns prevaleceriam sobre as da sociedade, transformando a regulação em nova fonte de dominação. A censura, contudo, não é algo que se reconheça ou declare, como bem observa Luís Roberto Barroso:

“[...] em todos os tempos e em todos os lugares, a censura jamais se apresenta como instrumento da intolerância, da prepotência ou de outras perversões ocultas. Ao contrário, como regra, ela destrói em nome da segurança, da moral, da família, dos bons costumes.¹⁸

John Rawls, por sua vez, defendeu que, numa sociedade justa, só é legítimo restringir a liberdade quando ela chegar ao ponto de ameaçar a segurança das instituições que mantém esta sociedade, inclusive a própria democracia¹⁹. Já Norberto

16 BINENBOJM, Gustavo. **Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_360.pdf> Acesso em 26 ago. 2017.

17 SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “Hate speech”**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>> Acesso em: 27 ago. 2017.

18 BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão, Censura e Controle da Programação de Televisão na Constituição de 1988, in **Temas de Direito Constitucional**, 2001, p. 345-6.

19 RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1971, pp. 216-220.

Bobbio foi ainda mais contundente ao se manifestar sobre a questão:

“[...] É melhor uma liberdade sempre em perigo, mas expansiva, do que uma liberdade protegida, mas incapaz de se desenvolver. Somente uma liberdade em perigo é capaz de se renovar. Uma liberdade incapaz de se renovar transforma-se, mais cedo ou mais tarde, numa nova escravidão.”²⁰

Logo, a regulação da imprensa deve preencher as falhas naturais do mercado livre no ramo da comunicação social. É fundamental que as empresas jornalísticas sejam entidades da sociedade civil, independentes de qualquer controle ou benesse do Estado. Cumpre-lhes, todavia, o dever de dar cobertura ampla e não condicionada por fatores econômicos ou conveniências políticas a fatos e questões de interesse geral, além de proporcionar ao público o conhecimento plural das diversas versões e pontos de vista sobre assuntos controvertidos. Por conseguinte, cada novo direito tem de coexistir, harmonicamente, com os demais direitos, sem quebra da unidade valorativa do sistema.²¹

Assim, o direito de acesso à informação deve ser visto como um direito difuso da cidadania de ser adequadamente informada sobre assuntos de interesse geral. Tal direito se traduz na prerrogativa da coletividade de obter informação de qualidade, traduzida naquela que, ainda que não totalmente imparcial, seja desprovida da pretensão de doutrinar o público em um ou outro sentido.²²

Esse padrão de qualidade deve consistir em uma postura a partir da qual as empresas jornalísticas devem pautar a sua atuação, sendo as primeiras a não produzir ou veicular as “fake news”, sobretudo as democraticamente tendenciosas, as quais impedem escolhas totalmente livres e têm elevada propensão de polarizar ainda mais uma sociedade fragmentada, fomentando o discurso de ódio.

4 | ENTRE A CRUZ E A ESPADA: HÁ NECESSIDADE DE UMA ESCOLHA DE SOFIA?

A partir das considerações feitas, verifica-se que, atualmente, a maior dificuldade em relação aos direitos fundamentais, não é tanto o de reconher a sua existência, uma vez que possuem grande aceitação e positivação, mas o de compatibiliza-los, na medida em que, constantemente, surgem novas formas de conflitos. Trata-se, então, não de um problema filosófico, mas político.²³

20 BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Turim, Itália: 1992. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Ed. Campus, 1990, p. 214.

21 SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “Hate speech”**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>> Acesso em: 27 ago. 2017.

22 CARVALHO, Luís Grandinetti. **Liberdade de Informação e o Direito Difuso À Informação Verdadeira**. Renovar: 1997. p. 58.

23 BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Turim, Itália: Editora Campus, 1992, pg. 28.

Evidente, pois, que a liberdade de expressão não existe apenas para tutelar opiniões que estão de acordo com os valores aceitos pela maioria da sociedade, mas também aquelas que chocam e agridem.²⁴ Questiona-se, então, até que ponto é possível restringi-la para proteger direitos fundamentais daqueles que foram alvos do “hate speech” ou da divulgação de “fake news” a seu respeito?

Nesse sentido, depreende-se que a harmonização entre direitos constitucionalmente previstos não funciona de forma automática e mecânica. De forma que o equilíbrio obtém-se através do esforço de conjugação, constantemente renovado e atualizado, de princípios, valores e interesses, bem como através de uma complexa articulação de órgãos políticos e jurisdicionais.²⁵

Assim, apesar da liberdade de expressão, em suas diversas modalidades, ser um valor indispensável em um ambiente democrático, o que se tem observado frequentemente é que a mídia nem sempre age com o nobre intento de bem informar o público. Muitas vezes, os meios de comunicação só estão interessados em vender determinado produto ou obter índices de audiência mais elevados, quando não imbuídos deliberadamente do propósito de influir na interação democrática dos cidadãos.

Portanto, se o Estado fosse censurar cada ato comunicativo que contivesse rastros de preconceito e intolerância contra grupos estigmatizados ou inverdades veiculadas em forma de notícia, não sobraria quase nada. O resultado seria uma sociedade amordaçada, com uma esfera pública empobrecida e sem espontaneidade, sobre a qual reinariam soberanos os censores de plantão, sejam eles administradores ou juízes.²⁶ O desejo da divulgação responsável da informação e o respeito mútuo no discurso público converter-se-iam na colocação de antolhos sociais. Nessa linha de raciocínio, Bobbio leciona que:

Na maioria das situações em que está em causa um direito do homem, ao contrário, ocorre que dois direitos fundamentais se enfrentem, e não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante. Basta pensar, para ficarmos num exemplo, no direito à liberdade de expressão, por um lado, e no direito de não ser enganado, excitado, escandalizado, injuriado, difamado, vilipendiado, por outro. Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente.²⁷

Cumpre enfatizar, ademais, que o ente regulador jamais poderá cercear a

24 SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “Hate speech”**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>> Acesso em: 27 ago. 2017.

25 MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Tomo IV- Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra. Editora, 2008. pp. 72.

26 SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “Hate speech”**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>> Acesso em: 27 ago. 2017.

27 BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Turim, Itália: 1992. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Ed. Campus, 1990. Pp. 42.

priori o que o órgão de imprensa houver decidido publicar; seu papel é apenas o de realizar um exame *a posteriori* sobre o que foi deliberadamente excluído do debate público. Essa característica da intervenção regulatória reduz substancialmente o grau de interferência na autonomia editorial já que o ente regulador só terá poderes para determinar a inclusão de fatos ou versões, conforme o caso, mas nunca o de censurar previamente qualquer matéria.²⁸

Assim, o direito à liberdade de expressão poderia ceder em face de valores sociais mais relevantes, como por exemplo, direito à informação de toda uma sociedade, além do interesse público e da democracia, designadamente quando o intuito for o de salvaguardar a transparência e dignidade humana dos demais integrantes de uma comunidade.²⁹

O que se defende, portanto, não é a escolha absoluta de um direito em detrimento de outro, mas “o caminho do meio”, trilhado pelo uso da ponderação em cada caso concreto, para que não se aniquilem reciprocamente direitos tão caros à sociedade, os quais foram conquistados à duras penas em uma história que envolve escravidão, ditadura e corrupção.

5 | CONCLUSÃO

O exercício da liberdade de expressão não é inofensivo. E, a formação de um debate livre, robusto e aberto de idéias na sociedade é um dos objetivos fundamentais da liberdade de expressão, e neste debate alguns fatalmente saem arranhados. Este é um preço que vale a pena pagar para viver-se numa democracia. Contudo, há danos graves e injustificados decorrentes do exercício abusivo da liberdade de expressão que podem e devem ser evitados pelo Direito, a exemplo das recentes repercussões das “fake news” e do “hate speech”.

Impõe-se, portanto, a análise do princípio da proporcionalidade, o qual se manifesta nos momentos mais conturbados dos direitos fundamentais. As restrições dos direitos, liberdades e garantias, entre eles o direito à informação e à liberdade de expressão devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, como a dignidade da pessoa humana, a democracia e a transparência, intrínsecos ao Estado Democrático de Direito.

Ao ignorar, perante um conflito entre dois bens juridicamente protegidos, os subprincípios da proporcionalidade haverá excesso e arbítrio. Estando inevitavelmente contrapostos o direito à liberdade plena de expressão e informação – consubstanciando no direito da mídia em divulgar e expor notícias falsas ou distorcidas ou o direito

28 BINENBOJM, Gustavo. **Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_360.pdf> Acesso em 26 ago. 2017.

29 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.p. 125.

individual de alguém emitir sua opinião, a qual envolve a depreciação da imagem do outro – em face ao supra princípio da dignidade humana, do respeito e da construção da democracia, um terá que ceder para o outro poder subsistir - eis uma relação de custos e benefícios.

Finalmente, a liberdade de expressão, direito de informação e vedação da censura devem prevalecer quando o intuito for nobre, em prol de interesses afeitos a toda uma coletividade, como conscientizar a população sobre temas de relevância mundial, na construção de valores globais ou denunciar abusos, publicizar escândalos políticos e combater fraudes. Entretanto, deve sempre sucumbir quando o único (ou principal) intuito for difamar, injuriar ou prejudicar alguém apenas com esse fim, sem que tal externalização represente um acréscimo relevante de conhecimento ou civilidade.

REFERÊNCIAS

ANTHEAUME, Alice. **Relatório de Notícias digitais 2017: France**. Disponível em:<https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/Digital%20News%20Report%202017%20web_0.pdf> pp. 68. Acesso em: 25 ago. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão, Censura e Controle da Programação de Televisão na Constituição de 1988, in **Temas de Direito Constitucional**, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. **Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil**. Disponível em: <http://www.emerj.tj.rj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_360.pdf> Acesso em 26 ago. 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Turim, Itália: 1992. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Ed. Campus, 1990

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 ago. 2017.

CARVALHO, Luís Grandinetti. Liberdade de Informação e o Direito Difuso À Informação Verdadeira . Renovar: 1997.

FARIAS, Edilsom. **Liberdade de Expressão e Comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, 1998.

JÚNIOR, Owvaldo Giacoia. **E se o erro e a fabulação do engano se revelarem tão essenciais quanto à verdade?** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/02/1859994-e-se-o-erro-a-fabulacao-o-engano-revelarem-se-tao-essenciais-quanto-a-verdade.shtml>> Acesso em: 21 ago. 2017.

KUBLER, F. **How much Freedom for Racist Speech: Transnational Aspects of a Conflict of Human Rights**. Hofstra. L. Ver. Vol 27, 1998, p. 335.

MEYER-PFLUG, Samanta Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. Editora RT: 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV- Direitos Fundamentais.** Coimbra: Coimbra. Editora, 2008.

NEWMAN, Nic; FLETCHER, Richard; KALOGEROPOULOS, Antonis; LEVY, David; NIELSEN, Rasmus. **Relatório de Notícias Digitais 2017.** Disponível em: <https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/Digital%20News%20Report%202017%20web_0.pdf> Acesso em: 22 ago. 2017.

PRIOLLI, Gabriel. **A era da pós verdade.** Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/revista/933/a-era-da-pos-verdade>> Acesso em: 23 ago. 2017.

RAWLS, John. **A Theory of Justice.** Cambridge: Harvard University Press, 1971.

SÁ, Nelson De. **Como os grandes jornais e as mídias sociais tentam responder à invenção deliberada de fatos.** Disponível em:<<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/02/1859992-como-os-grandes-jornais-e-as-midias-sociais-tentam-responder-a-invencao-deliberada-de-fatos.shtml>> Acesso em: 22 ago. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.p. 125.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “Hate speech”.** Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>> Acesso em: 27 ago. 2017.

O PAPEL DA MÍDIA NA DIFUSÃO DOS CONFLITOS CARCERÁRIOS

Taís do Couto de Oliveira

Universidade da Região da Campanha –
URCAMP
Santana do Livramento - RS

Monique Vigil Klüsener

Universidade da Região da Campanha –
URCAMP
Santana do Livramento – RS

Valquiria Castro Pereira

Universidade da Região da Campanha –
URCAMP
Santana do Livramento – RS

de sites e artigos voltados ao tema.

PALAVRAS-CHAVE: Conflitos carcerários; Mídia; Opinião pública; Sensacionalismo.

ABSTRACT: The main objective of this study is the discussion of the role played by the media in the dissemination of the prison conflicts recurrent in Brazil, as the discourse of fear, used by it, influences in the construction of a stereotype for the population about those who serve a custodial sentence. It is also emphasized that the media, when diffusing news in a sensational way, violates the principle of dignity of the human being, because the society, due to an extraordinary volume of violent scenes, constructs a “wall” of indifference, influencing the prison problems to not find a satisfactory solution. Some studies of bibliographies of well-known national and international authors were used as methodology and, simultaneously, with the collaboration of sites and articles about the subject.

KEYWORDS: Prison conflicts; Media; Public opinion; Sensationalism.

1 | INTRODUÇÃO

Os motins e as rebeliões, fatos que trazem à tona a grande conflitividade existente no meio

carcerário, têm origem em uma variedade de fatores. Certamente, as deficiências efetivas do regime penitenciário sejam o fator mais relevante.

Estes conflitos, infelizmente, ao serem difundidos de maneira deturpada pelos diversos órgãos da mídia, criam e reforçam na população uma constante sensação de medo e insegurança o que revelam a ampla influência que este meio informativo exerce sobre a sociedade de um modo geral. É evidente a penetração da mídia na sociedade moderna.

É de suma relevância a discussão sobre esta problemática, pois os indivíduos, em geral, através de concepções preconceituosas, estão acostumados a formular e compartilhar opiniões sobre os presidiários e suas manifestações, a partir do que é exposto pela mídia, sem levar em conta que estas revoltas têm causas não somente no próprio sistema penitenciário, mas talvez, muito mais na própria sociedade.

Ocorre que, durante muito tempo, os órgãos midiáticos, legitimados como difusores de informação, exerceram sua posição central em relação à sociedade, gozando de credibilidade e confiança aos olhos da população. Entretanto, o sensacionalismo de alguns desses órgãos cria distorções na correta compreensão da realidade.

Dessa forma, o presente artigo tem como problema de pesquisa: Qual a atuação da mídia na difusão dos conflitos carcerários recorrentes no Brasil. A partir disso, o trabalho proposto visa analisar a atuação da mídia na difusão dos conflitos carcerários recorrentes no Brasil, visto que o discurso do medo, por ela utilizado, influencia na construção e no reforço de um estereótipo social para a população sobre aqueles que estão cumprindo pena privativa de liberdade.

Para responder aos questionamentos que surgem acerca do tema, utiliza-se na elaboração do presente trabalho o estudo das bibliografias de alguns renomados autores nacionais e internacionais, contando, simultaneamente, com a colaboração de sites e artigos voltados ao tema.

2 | A RELAÇÃO ENTRE MÍDIA E OPINIÃO PÚBLICA

Para Andrade “pode-se definir a ‘opinião pública’ como o juízo coletivo adotado e exteriorizado no mesmo direcionamento por um grupo de pessoas com expressiva representatividade popular sobre algo de interesse geral” [grifo do autor] (ANDRADE, 2007, p. 45).

Nesse sentido, a opinião pública é fundamental e se baseia na racionalização que é inerente à natureza humana, isto é, todos os seres humanos têm, em si, a capacidade de racionalizar. Ou seja, que se um argumento for colocado à prova, qualquer ser humano será capaz de comprová-lo, ou não, através da racionalização (LOSEKANN, 2009).

Para que o cidadão desenvolva a capacidade cívica de formar a sua própria opinião acerca dos fatos é necessário, porém, um mínimo de informação, daí configurando-se

a missão principal da imprensa.

Indubitavelmente que a mídia influencia nos processos de comunicação entre os diversos grupos. Sua atuação é fundamental, pois permite que os indivíduos tenham conhecimento sobre certos temas de difícil acesso, operacionalizando, assim, a democracia.

Acerca dessa questão, Ramonet (2010) ressalta a indispensável função da comunicação de massa em uma democracia, pois é graças à informação que os indivíduos tomam conhecimento sobre os temas da sociedade atual.

Entretanto, pouco a pouco, a opinião pública vem sendo suplantada pela tirania dos órgãos da mídia, hoje erigidos como difusores de informação, exercendo papel de agentes fiscalizadores não somente dos órgãos públicos, mas também, da conduta individual dos indivíduos.

Para Andrade, a opinião pública apenas professa a notícia divulgada, sem contestá-la. Em complemento, o autor manifesta que:

Os órgãos da mídia distanciaram-se de sua função inicial (reportar, narrar) para, vagarosamente, destacarem-se como intervenientes e invasores do fato. Com isso, não mais noticiam, mas opinam. Deixaram de informar para formar opinião. Neste contexto verificado, a relação entre a mídia e a opinião pública chegou a um tamanho grau de hegemonia do primeiro e submissão do segundo que, atualmente, pode-se dizer que, a opinião pública reduziu-se à opinião publicada pelos órgãos da mídia (ANDRADE, 2007).

Percebe-se, por conseguinte, que os meios de comunicação de massa, evidentemente despreocupados em informar aos indivíduos as reais causas que levaram à ocorrência de motins e rebeliões, influenciam na construção de uma opinião pública referente à figura dos detentos. Atualmente, sabe-se que a grande quantidade de informações veiculadas pela mídia exerce alguma forma de influência no comportamento das pessoas.

3 | A IMAGEM DA CONFLITIVIDADE CARCERÁRIA NA MÍDIA

Primeiramente, antes da análise da imagem da conflitividade carcerária exibida pela mídia, cabe ressaltar alguns aspectos da mesma conforme ocorre no Brasil.

Importante frisar que há uma relação direta dos conflitos carcerários com as péssimas condições em que a vida no cárcere se desenvolve. Para Bitencourt, as deficiências efetivas do regime carcerário são dramaticamente evidenciadas pelos motins. Portanto, esses conflitos devem ser tratados como sintomas dessa problemática prisional (BITENCOURT, 2011).

Nesse sentido, num relatório da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB foram expostas conclusões sobre a situação carcerária, mencionadas na obra de Carvalho:

Os meios de comunicação social noticiam indistintamente fugas, rebeliões e motins. Fugas, sempre se podem esperar de quem se encontra preso. A rebelião geralmente é protesto contra maus tratos e injustiças, péssimas condições de vida, corrupção, falta de assistência médica ou jurídica. Pode ser também um modo de fazer pressão para obter transferência para outro estabelecimento em casos de violência interna... Normalmente a rebelião é o último recurso dos presos para defender seus direitos, pois correm o risco de perder tudo: a vida, a possibilidade de progressão de regime, benefícios judiciais... Mas há situações em que não aguentam mais, e tentam dizer à sociedade: "somos gente e queremos viver!" (CARVALHO, 2008).

Explicando as diferenças entre esses conflitos, Carvalho menciona a rebelião como sendo a incapacitação parcial das atividades normais da instituição, que acarreta apenas desordem, representando o estado anterior e/ ou preparatório ao motim. Este, por sua vez, é representado pelos detentos (amotinados) que tomam conta ou inviabilizam a administração da unidade prisional. Ambos, porém, são movimentos coletivos de rebeldia e levante contra determinada situação de fato (CARVALHO, 2008).

Mencionam-se como causas principais desses movimentos coletivos de rebeldia, a demora do Judiciário na apreciação dos benefícios do preso; a violência e injustiças praticadas nos presídios, em que impera a utilização de meios brutais, que sempre se impõe o mais forte; elevados índices de consumo de drogas, muitas vezes originado pela venalidade e corrupção de alguns funcionários penitenciários, que permitem e até realizam o tráfico ilegal de drogas; reiterados abusos sexuais, nos quais normalmente levam a pior os jovens reclusos recém-ingressos, sem ignorar, evidentemente, os graves problemas de homossexualismo; superlotação carcerária; falta de higiene, grande quantidade de insetos e parasitas, sujeiras nas celas, corredores e cozinha; condições deficientes de trabalho, que podem significar uma inaceitável exploração dos reclusos ou o ócio completo; má-qualidade de alimentação e alojamentos; deficiência da assistência médica e odontológica, que pode chegar, inclusive, a sua absoluta inexistência; problemas ligados à corrupção.

As grandes limitações que a vida no cárcere impõe corroboram para que o interno mantenha um constante sentimento de frustração. Esse sentimento é um dos fatores que mais favorecem o ambiente de conflitividade, especialmente em relação às autoridades penitenciárias. Nesse sentido, o protesto e a agressividade demonstrados às autoridades penitenciárias permitem que um importante setor da população carcerária, o mais agressivo, possa satisfazer certas necessidades psicológicas.

Em sua obra, Bitencourt asseverou que o comportamento violento não é exclusivo da prisão. É importante lembrar que todo o ato de violência tem um componente social, mesmo o que se produz na prisão. Sabe-se que as frustrações originadas pela prisão são um fator que influi nas situações violentas que surgem no cárcere, porém também não se pode esquecer que esses internos se encontram contaminados por outros fatores anteriores, como a violência que experimentam em sua vida familiar ou na sociedade (BITENCOURT, 2011).

Entretanto, Bitencourt esclarece que os motins carcerários nem sempre estão ligados, necessariamente, com as deficientes condições penitenciárias. Citou, como exemplo, os conflitos gerados por uma reforma carcerária. Esta tende a alterar a estrutura de poder dos internos, provocando a perda de privilégios, especialmente daqueles que ocupam os estratos mais elevados. A perda de privilégios e de poder faz com que os líderes da prisão provoquem conflitos visando a obstaculizar o desenvolvimento da reforma (BITENCOURT, 2011).

Agora, pois, há de se ressaltar a influência da mídia na difusão desses conflitos. Como já dito anteriormente, a maneira como a massa midiática informa certos temas influencia no comportamento das pessoas, criando distorções na correta compreensão da realidade. Assim, cria estereótipos, persuadindo a opinião pública.

Citem-se, como exemplos alguns títulos de notícias publicadas no site de notícias da Globo – G1: (14/02/2014) *Rebelião deixa dois mortos e oito feridos em penitenciária de Itamaracá (PE)*; e, também, no À tarde – Uol: *Dois morrem e vinte ficam feridos em rebelião em presídio da Bahia: Mais de vinte presos ficaram feridos e dois morreram durante a rebelião de seis horas no Conjunto Penal de Itabuna*.

Basicamente as notícias sobre conflitos carcerários têm a mesma repercussão. São difundidas, em regra, de forma descompromissada com as causas dessas conflitividades, reforçando ainda mais a exclusão e desprezo dos presos por parte da sociedade.

Esta relação entre quem exclui (sociedade) e quem é excluído (preso) é reforçada pelo rótulo reiteradamente impresso através do estereótipo, preconceito e estigma, levando à perigosa generalização de que os detentos são indesejáveis, devendo ser afastados da sociedade atual.

Vê-se, então, que a mídia, que deveria sujeitar-se ao seu papel inicial de bem informar, para que cada indivíduo construísse uma opinião própria, perpetua o problema – em que aquele que delinqui, além de passar anos aprisionado sem uma mínima qualidade de vida, sairá do sistema sem possibilidade de se reintegrar à sociedade.

4 | A IDEOLOGIA DO MEDO

É inegável a penetração da mídia na sociedade moderna. Ocorre que, os órgãos midiáticos passaram a exercer influências perante a sociedade. Tanto a sociedade quanto os indivíduos que a compõem assimilam as informações divulgadas através das notícias e se informam por meio delas, constituindo-se, assim, o processo democrático.

Porém, esta ingerência sobre a sociedade, quando acompanhada da difusão parcial e deturpada de imagens sobre temas da atualidade, como conflitos carcerários, acarreta distorções na correta compreensão da realidade, perpetuando uma ideologia

do medo no ambiente em que vivemos.

A fabricação dos estereótipos do presidiário conflitante pelos meios de comunicação de massa permite a exagerada sensação geral de insegurança. Este sentimento de insegurança criado pela massa serve para que o Estado possa implantar medidas autoritárias. Como consequência, a conflitividade carcerária é entendida como um problema de ordem pública, e não como um problema do sistema penitenciário. Através da divulgação sensacionalista das chamadas “ondas de rebeliões”, a mídia objetiva à criação do pânico e medo na sociedade. Este processo é capaz de etiquetar e rotular os indesejados, neste caso, os detentos.

Segundo Andrade: “A opinião pública é notoriamente influenciada pelo estado subjetivo de insegurança amplamente difundido pelos órgãos da mídia através do espetáculo penal diariamente assistido nas notícias exploradas de maneira sensacionalista [...]” (ANDRADE, 2007. p. 200).

Neste sentido, o sensacionalismo pode ser praticado como um mero deslize em uma única notícia publicada ou transmitida, em uma sequência delas, ou ainda, todos os dias em um determinado órgão da mídia. Seu defeito ético é a maneira de dizer e de mostrar notícias oriundas de informações sobre fatos e acontecimentos.

Nota-se, então, que a mídia conduz a divulgação de suas notícias sobre os conflitos carcerários na direção de um crescente círculo vicioso em que dá grande repercussão a estes conflitos, cria as chamadas “ondas de rebeliões” fazendo com que a população acredite em um surto irreal e geram certos “mitos” difundindo dados irreais, e por fim, criam ou reforçam estereótipos sociais e imagens deturpadas.

5 | A FANTASIA NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Segundo Andrade, a televisão é o meio de comunicação que os indivíduos mais consomem e utilizam pela maior parte do tempo. Em razão disso, é o meio mais eficaz de que dispõe o arsenal da mídia para transmitir a imagem codificada em que altera o conteúdo e significado da própria realidade (ANDRADE, 2007).

Em artigo publicado na revista Veredas do Direito, Rauter pronunciou-se acerca das imagens exibidas pela televisão, no dia 27 de maio de 2006, sobre uma onda de rebeliões em presídios no Estado de São Paulo:

[...] o texto da matéria pretendia mostrar que mesmo num presídio de segurança máxima os presos ainda contestavam os agentes penitenciários, e isso era inadmissível. [...] Servidos como um dos pratos principais do jantar brasileiro, no sábado à noite, estava essa obscura matéria jornalística. Obscura porque não se sabe quais são os seus verdadeiros interesses. [...] Não mostrou o que pretendia: que o preso era um monstro. Mostrar que os presos resistem à prisão, às suas rotinas, à revista ostensiva realizada pelos agentes penitenciários durante o conturbado período “pós-maio de 2006”, essa foi a tônica do noticiário. A resistência de presos mostrada como algo fora do comum, que não deveria acontecer, é um

fato preocupante, porque aponta para o extermínio (RAUTER, 2006).

Para chamar a atenção do público alvo e obter elevados índices de audiência, a mídia utiliza-se de excessiva dramatização, alterando a versão dos fatos, inclusive, sem levar em conta o impacto causado na sociedade. A distorção dos fatos acaba revelando o detento conflitante como um constante criminoso.

Para Ramonet (2010) a grande quantidade de notícias, muitas vezes fúteis e vazias, anima o telespectador, ouvinte ou leitor, dando-lhe a ilusão de informar-se. Mas os deslizes cometidos na propagação destas notícias nos mostram cada vez mais o contrário.

6 I OS ABUSOS DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO PELA MÍDIA COMO VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Entende-se que o direito de informação ou de ser informado faz parte da liberdade de expressão. Porém, como a liberdade de expressão pertence a todos, a liberdade de imprensa está intimamente relacionada com o público, destinatário da informação. Entretanto, ocorre a possibilidade de violação ao princípio da liberdade de expressão quando há eventuais abusos do direito de informação pelos órgãos da mídia (ANDRADE, 2007).

Normalmente não ocorre abuso ao direito à liberdade de informação no cotidiano da mídia. Porém, segundo Andrade:

[...] excepcionalmente, pode ocorrer o contrário: através do abuso deste direito assegurado constitucionalmente, diversos órgãos da mídia cometem erros, exageros, chegando, por vezes, a malferir arbitrariamente outros direitos, igualmente assegurados na Constituição, absolutamente à revelia de seus titulares (ANDRADE, 2007, p. 241).

O autor ainda assevera que o direito à liberdade de informação pelos órgãos da mídia não é absoluto, pois encontra limites nos direitos à honra, à vida privada e à intimidade. Todos estes direitos envolvidos encontram-se no mesmo patamar hierárquico na Lei Maior (ANDRADE, 2007).

Ademais, o abuso do direito da liberdade de informação pode acarretar consequências para o indivíduo desviante, pois a divulgação distorcida de notícias dificilmente se apaga da memória dos receptores, reduzindo, substancialmente, as possibilidades da ressignificação daquele indivíduo em sociedade.

7 I A COLISÃO ENTRE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E LIBERDADE DE

EXPRESSÃO

Uma das principais características dos direitos fundamentais é a sua limitabilidade. Significa dizer que não são absolutos, havendo, muitas vezes, num caso concreto, confronto, conflito de interesses, ou seja, quando um direito fundamental, em uma mesma situação, entra em choque com outro direito fundamental.

É imperioso salientar que não existe hierarquia entre esses direitos. Ocorre que havendo colisão entre eles, dependendo das circunstâncias factuais, um prevalecerá sobre o outro. Da mesma forma, em outra situação, o princípio cedente poderá vir a ter precedência sobre o outro. Nesse sentido, asseverou Silva: “[...] dificilmente a realização total de um princípio não encontrará barreiras na proteção de outro princípio ou de outros princípios” (ANDRADE, 2007).

No entanto, no caso em exposição, impossível negar que a mídia, cada vez mais, desconsidera a dignidade da pessoa do detento conflitante, desrespeitando e violando a sua imagem, seja pela divulgação sensacionalista dos conflitos carcerários, seja pela carência da verdade na divulgação das causas que levaram ao acontecimento.

8 I CONCLUSÃO

Observando a relação existente entre mídia e opinião pública, percebe-se que a mídia passou a influenciar o processo comunicativo existente, auxiliando o cidadão na formação de sua própria opinião. Entretanto, em razão da sua posição cultural face à sociedade, a mídia vem exercendo diferentes graus de influências na compreensão social de determinados assuntos. Exemplo claro disso é a maneira como os conflitos carcerários recorrentes no Brasil são difundidos pela mídia e de que forma eles são compreendidos pela sociedade. A mídia, ao utilizar-se dos mais variados artifícios para chamar a atenção do público alvo e, consequentemente, obter audiência, gera na população uma constante sensação de medo e insegurança, considerando o detento conflitante como um constante criminoso que não merece respeito ou confiança.

É importante que a sociedade tenha a consciência de que as rebeliões e os motins carcerários são a prova mais evidente da crise que a pena privativa de liberdade enfrenta. As deficientes condições materiais em que se desenvolve a vida carcerária, provavelmente, sejam o fator mais importante. Contudo, para que se possa entender melhor o problema, devem-se analisar outros fatores. O comportamento violento não é exclusivo da prisão. Torna-se necessária a compreensão de que essa violência tem causas que se originam no sistema e na sociedade, como totalidade. Aquele que ingressa na prisão também traz consigo a deformação que a sociedade produz na agressividade do homem.

Destacando-se a relação entre a conflitividade carcerária na mídia e o comportamento da população, a imagem deturpada dessa conflitividade leva a

introjeções no imaginário social e coletivo, dos quais são exemplos claros: o desprezo pelos detentos; a demonização do detento conflitante e o sentimento generalizado de insegurança. Através da divulgação sensacionalista das chamadas “ondas de rebeliões”, a mídia constrói a imagem deturpada do detento conflitante, escondendo, ocultando e silenciando sobre as causas geradoras de rebeliões e motins, que são sistematicamente esquecidas e ignoradas porque não chegam a ser divulgadas. Com o perverso mecanismo de culpabilidade do detento, a mídia desloca o foco do problema para reforçar ainda mais o estereótipo do apenado. Articulando tudo isso, chega-se à conclusão de que o detento deve ser ignorado e desprezado, configurando clara atitude de exclusão social.

Como consequência, e na sequência, o ciclo vicioso caminha rumo ao sentimento generalizado de insegurança. Eventualmente criam-se as “ondas de rebeliões”, consequentemente incrementa-se o sentimento generalizado de insegurança, pelo qual a sociedade sente medo e pânico. Ocorre que nem sempre esta sensação tem correspondência com os dados disponíveis na realidade.

Destacou-se, também, no presente trabalho, a dignidade da pessoa humana como princípio norteador da Constituição Federal e como limite à atuação dos direitos fundamentais, bem como o conflito de interesses existente entre o aludido princípio e a liberdade de informar pelos órgãos da mídia. Havendo colisão entre eles será preciso recorrer à ponderação, isto é, um princípio deverá prevalecer e o outro, consequentemente, terá que ceder. Se a informação sobre a conflitividade carcerária for correta e não prejudicar a reinserção do condenado em sociedade, ela deve ser permitida. Porém, se a informação não for atual e for capaz de prejudicar a ressocialização do condenado, ela deve ser proibida, pois a sua divulgação distorcida persuade a opinião pública, reforçando ainda mais a exclusão e desprezo do preso por parte da sociedade.

Embora essa questão não comporte uma solução pacífica, após a ponderação, não há como não decidir a favor do condenado, ainda que isso implique na diminuição da liberdade de imprensa, pois o que se espera é, acima de tudo, preservar a dignidade daquele que pagou seu débito com a sociedade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Martins de. **Mídia e Poder Judiciário**: A influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da pena de prisão**: Causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3.ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

DOIS morrem e 20 ficam feridos em rebelião em presídio da BA. Mais de 20 presos ficaram feridos e dois morreram nesta sexta-feira, 23, durante a rebelião de seis horas no Conjunto Penal de Itabuna.

A tarde, Uol. Disponível em: <<http://atarde.uol.com.br/bahia/noticias/detentos-iniciam-rebeliao-em-presidio-de-itabuna-1593712>>. Acesso em: 30 mar.2014.

LOSEKANN, Cristiana. A esfera pública Habermasiana... **Pensamento plural**, Pelotas, p. 37-57. jan/jun .2009.

RAMONET, Ignácio. **A tirania da comunicação**. Traduzido por Lúcia Mathilde Endlich Orth. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

RAUTER, Cristina. O clamor pela solução penal de questões sociais. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 3, nº 5, p. 85-94, jan/jun .2006.

REBELIÃO deixa dois mortos e oito feridos em penitenciária de Itamaracá. Estado afirma que foi apenas um tumulto porque não perdeu controle. Secretário e Batalhão de Choque da PM entraram e há bombeiros na porta. **G1**, Itamaracá, PE. Disponível em <<http://g1.globo.com/pernambuco/noticia/2014/02/rebeliao-deixa-dois-mortos-e-oito-feridos-em-penitenciaria-de-itamaraca.html>> Acesso em 30 mar.2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado 4**, São Paulo, p. 23-51, 2006.

O TRATAMENTO JURÍDICO DO ACESSO À INFORMAÇÃO AMBIENTAL NO URUGUAI E NO BRASIL: ANÁLISE A PARTIR DAS LEIS DE ACESSO À INFORMAÇÃO

Rafaela Bolson Dalla Favera

Universidade Federal de Santa Maria – UFSM
Santa Maria – Rio Grande do Sul

Olívia Martins de Quadros Olmos

Universidade Franciscana – UFN
Santa Maria – Rio Grande do Sul

Rosane Leal da Silva

Universidade Federal de Santa Maria – UFSM
Santa Maria – Rio Grande do Sul

ao tema.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à informação ambiental; Brasil; Direito humano fundamental; Uruguai.

ABSTRACT: The objective of this work is to conduct a comparative study of the laws on access to public information in Uruguay and Brazil, taking into account the access to environmental information as a fundamental human right. To do so, the method of approach used was the deductive, since the research started from a general analysis on access as a fundamental human right, and then carried out a study of comparative law between the laws of Uruguay and Brazil, emphasizing the access to environmental information in these countries. The comparative procedure method was also used, based on the comparison carried out in the two countries mentioned. It was found that the countries investigated should create or change their legislation, so that environmental public information would be better guaranteed to its citizens, especially in Uruguay, which does not yet have a specific norm on the subject.

KEYWORDS: Access to environmental information; Brazil; Fundamental human right; Uruguay.

RESUMO: O objetivo deste trabalho é realizar um estudo comparado das Leis de Acesso à Informação pública uruguaia e brasileira, levando em consideração o acesso à informação ambiental como um direito humano fundamental. Para tanto, o método de abordagem utilizado foi o dedutivo, visto que a pesquisa partiu de uma análise geral sobre o acesso como um direito humano fundamental, realizando, em seguida, um estudo de direito comparado entre as Leis do Uruguai e do Brasil, e enfatizando o acesso à informação ambiental nesses países. Também foi utilizado o método de procedimento comparativo, em função do cotejamento realizado nos dois países referidos. Constatou-se que os países investigados devem criar ou alterar suas legislações, para que a informação pública ambiental seja melhor garantida a seus cidadãos, especialmente no Uruguai que ainda não conta com uma norma específica referente

1. INTRODUÇÃO

O acesso à informação pública, ambiental ou não, é um tema que vem ganhando cada vez mais importância no Brasil e no mundo. Isso porque os cidadãos passaram a não mais admitir a cultura do segredo, e sim a exigir a transparência ativa e passiva dos órgãos públicos.

Esse direito é assegurado, principalmente, pelas Leis de Acesso à Informação – LAI(s). Alguns países membros do Mercosul, como Uruguai e Brasil, já sancionaram leis nesse sentido. O Uruguai no ano de 2008 e o Brasil no ano de 2011, sendo que o primeiro é considerado, pelas pesquisas, como a da *Transparency International* em 2015, o país líder no *ranking* de transparência internacional na América Latina, motivo pelo qual foi eleito para análise neste trabalho, que contrastará a legislação de acesso à informação pública dos dois países.

As preocupações em torno do meio ambiente, como aquecimento global, desmatamento, extinção da fauna e da flora, poluição, entre outras, exigem transparência dos órgãos responsáveis. Com base nisso é possível afirmar que há interesse em solicitar e obter informações ambientais, posto que a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações é uma preocupação constante.

Assim, considerando as recentes pesquisas divulgadas pela mídia, que expõem o Uruguai como o país modelo no Mercosul quanto à implantação e implementação da Lei de Acesso à Informação, questiona-se: é possível afirmar que neste país a informação ambiental é considerada de interesse público e, portanto, passível de os cidadãos a exigirem do Estado, com base na LAI? Em caso positivo, este é um ponto de distinção entre a lei uruguaia e a brasileira, ou há alinhamento entre ambas em tal matéria?

Para responder essa indagação, o método de abordagem utilizado é o dedutivo, pois a pesquisa parte de uma análise geral do acesso à informação pública como um direito humano fundamental, passando pelo estudo das LAI(s) no Uruguai e no Brasil, e finalizando com a verificação do acesso à informação ambiental nesses países.

Já o método de procedimento empregado é o comparativo, já que é realizado um cotejamento entre as LAI(s) de ambos os países investigados, com a finalidade de identificar suas simetrias e assimetrias quanto ao tratamento do tema. Diante desse apporte metodológico, o artigo restou dividido em três seções, a seguir expostas.

2 | O ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA COMO UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Governo Aberto ou, em inglês, *Open Government*, é uma iniciativa internacional que difunde e estimula globalmente práticas governamentais relacionadas à transparência dos governos, ao acesso à informação pública e à participação social. Calderón e Lorenzo (2010, p. 11) entendem que essa iniciativa representa uma evolução nos

sistemas democráticos, ao passo que a tradicional democracia representativa, focada no voto, abre espaço para uma democracia de conversação e aberta. Nessa, as novas Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) possuem um importante papel no sentido de estimularem a participação dos cidadãos, nos processos de tomadas de decisões governamentais, que lhe dizem respeito.

Com isso, pode-se dizer que o Governo Aberto está em constante diálogo com os cidadãos, buscando, da melhor maneira possível, atender o que as pessoas almejam e solicitam. Nessa linha conceitual, considera-se que o governo facilita a colaboração das pessoas no desenvolvimento dos serviços que presta, informando suas decisões de forma aberta e transparente.

Para Calderón e Lorenzo (2010, p. 11), a ideia de Governo Aberto não é recente, sendo considerada tão antiga quanto a democracia, e está presente na maioria das constituições e leis fundamentais, redefinindo-se constantemente. Conforme os doutrinadores, os princípios informadores do movimento *Open Government* são: transparência, participação e colaboração.

A transparência é o eixo central dessa forma de governo, pois “os cidadãos têm o direito de saber onde gastam seus impostos e já existem possibilidades tecnológicas suficientes para facilitar o acesso a essa informação de forma fácil e clara” (CALDERÓN; LORENZO, 2010, p. 18, tradução nossa).

Quanto à participação, essa significa a atuação dos cidadãos junto ao governo, no sentido de atuação participativa, conjunta, em prol da cidadania. Os governos devem saber aproveitar a inteligência coletiva das pessoas, ao passo que “todas as leis, decretos, medidas ou decisões de outro tipo que tomam os Governos podem ser debatidas, valoradas, criticadas e completadas (inclusive antes de sua elaboração) com as opiniões dos cidadãos” (CALDERÓN; LORENZO, 2010, p. 18, tradução nossa).

Por fim, no que tange à colaboração, entende-se que deve haver uma relação de auxílio mútuo entre os governos, sejam nacionais, regionais ou locais, as empresas públicas e privadas e os cidadãos, para que as informações sejam fornecidas e acessadas com mais facilidade e para que a transparência ocorra, de fato (CALDERÓN; LORENZO, 2010, p. 19).

A partir dessas considerações, entende-se que os princípios da transparência, participação e colaboração são fundamentais para que os cidadãos tenham acesso à informação pública. Entretanto, além de o governo divulgar os serviços públicos realizados ou prestados à sociedade, são necessárias outras medidas. A transparência, por exemplo, não significa apenas disponibilizar dados, mas fazê-lo com uma linguagem de fácil entendimento que seja acessível a todos os interessados. A participação e a colaboração são importantes para exigir que se dê publicidade aos atos administrativos, a partir da qual há melhores condições de a população contribuir no desenvolvimento dos governos.

Bucci (2009) acredita que o acesso à informação pública não é apenas um direito protegido pela Constituição Federal, mas sim um direito fundamental, individual

e coletivo, cujo propósito é instrumentalizar o exercício da cidadania. Sua dúplice configuração e seu caráter instrumental justificam seu destaque em importantes documentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo 19.

No Brasil, a Controladoria Geral da União (CGU), manifestou-se sobre o tema, e afirmou que “o direito de acesso à informação é um direito humano fundamental e está vinculado à noção de democracia”. Na concepção do referido órgão, a informação pública é, na verdade, um bem público, cujo acesso deve ser facilitado aos interessados, exceto em casos específicos (COSTA, 2013).

Compreende-se, portanto, que o direito de acesso à informação está ligado à prerrogativa que o cidadão possui de solicitar e obter informações públicas. Para tanto, é necessário que o Estado facilite o acesso, consolidando, assim, o exercício da democracia.

A CGU também considera que o direito de acesso à informação estabelece dois deveres principais para os governos: primeiramente, “existe o dever de receber do cidadão pedidos de informação e respondê-los, disponibilizando os dados requisitados e permitindo também que o interessado tenha acesso aos documentos originais ou receba as cópias solicitadas”. Em segundo lugar, esse direito “atribui um dever aos órgãos e entidades públicas de divulgar informações de interesse público de forma proativa ou rotineira, independentemente de solicitações específicas”. Esse duplo dever traduz-se na transparência passiva, no primeiro caso, e na transparência ativa, ou seja, no dever de o Estado agir antecipadamente e de maneira espontânea na preparação e divulgação de interesse público (COSTA, 2013).

Considerando essas características do direito de acesso à informação pública e sua importância para o fortalecimento das democracias passa-se, a seguir, a realizar o estudo comparado das Leis de Acesso à Informação pública uruguai e brasileira.

3 | AS LEIS DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA NO URUGUAI E NO BRASIL: SIMETRIAS E ASSIMETRIAS

A Lei de Acesso à Informação uruguai é anterior à brasileira, tendo sido publicada em 2008, enquanto essa entrou em vigor em 2011 no país. Nesta seção, serão apresentados os principais aspectos de ambas as legislações, com o intuito de evidenciar simetrias e assimetrias entre elas.

Pereyra (2014, p. 6, tradução nossa) entende que o direito de acesso à informação pública é compreendido no Uruguai como “o conjunto de regras jurídicas que se aplicam à geração, difusão e recepção de informações, e que consistem no reconhecimento aos cidadãos de criar, difundir e receber essa informação de maneira efetiva e objetiva”.

Dito isso, para a LAI do Uruguai, informação pública é aquela produzida, obtida,

em poder ou sob controle de todos os obrigados pela lei (URUGUAY, 2008). Já na LAI do Brasil, não consta o conceito de informação pública, mas sim de informação, como “dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato” (BRASIL, 2011).

Tanto a LAI uruguaia quanto a brasileira estabelecem a necessidade da utilização das TIC, especialmente da *Internet*, para a divulgação e propagação de informações. O artigo 5º da LAI do Uruguai, por exemplo, obriga os órgãos públicos a difundirem determinadas informações mínimas, de forma permanente por meio de *sites* na *Internet* (URUGUAY, 2008). Já o artigo 3º, inciso III, da LAI do Brasil, estabelece como diretriz a “utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação”, havendo também previsão no artigo 8º, parágrafos 2º e 3º (BRASIL, 2011).

Consta no artigo 3º da LAI uruguaia, que o fornecimento da informação pública dar-se-á sem que o solicitante precise justificar suas razões (URUGUAY, 2008). Da mesma forma, a LAI brasileira prevê, em seu artigo 10, parágrafo 3º, a vedação de exigências quanto aos motivos da solicitação de informação de interesse público (BRASIL, 2011).

Nesse sentido, no primeiro caso a informação deverá ser fornecida no momento da solicitação. Se isso não for possível, o solicitado terá um prazo de vinte dias para permitir ou negar o acesso, ou contestar a consulta, sendo que esse prazo poderá ser prorrogado por mais vinte dias (URUGUAY, 2008). Já no segundo caso, se a informação não puder ser concedida imediatamente, o solicitado terá um prazo de vinte dias para a realização dos mesmos procedimentos citados acima, prorrogável por mais dez dias (BRASIL, 2011).

Existem, contudo, informações que não podem ser divulgadas. A LAI do Uruguai prevê essas exceções, e as define como secretas, de caráter reservado, e confidenciais. As primeiras serão definidas pela lei como tais. As de caráter reservado são aquelas cuja difusão possa: a) comprometer a segurança pública ou a defesa nacional; b) minar a condução das negociações ou das relações internacionais; c) causar danos à estabilidade financeira, econômica ou monetária do país; d) pôr em risco a vida, a dignidade humana, a segurança ou a saúde de qualquer pessoa; e) supor uma perda de vantagens competitivas para o sujeito obrigado, ou causar danos ao seu processo de produção; f) desproteger descobertas científicas, tecnológicas ou culturais desenvolvidas, ou em poder dos sujeitos obrigados (URUGUAY, 2008).

Já as informações confidenciais dizem respeito ao patrimônio dos indivíduos, a questões de caráter econômico, contábil, jurídico ou administrativo que possam ser úteis aos competidores, e as que possuem cláusula contratual de confidencialidade. Também são considerados confidenciais os dados pessoais que requerem prévio consentimento informado. Faz-se importante referir que, conforme o artigo 11, as informações reservadas permanecem como tais pelo período de quinze anos contados da sua classificação (URUGUAY, 2008).

Segundo Flores-Dapkevicius (2016, p. 97), o objetivo dessa lei é promover a

transparência da função administrativa, seja ou não estatal. Trata, portanto, de informação pública, não se aplicando a dados privados ou íntimos dos particulares, protegidos pela legislação específica. Ponto de ressalva dessa definição do alcance da lei é a referência expressa à função administrativa, o que poderia equivocadamente levar à exclusão do âmbito de incidência da lei a atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário, interpretação que não se sustenta, já que qualquer pessoa física ou jurídica está legitimada a buscar informação pública nos órgãos integrantes dos três poderes.

Por outro lado, de acordo com a LAI brasileira, as informações podem ser classificadas como ultrassecretas, por vinte e cinco anos, secretas, por quinze anos, e reservadas, por cinco anos. Para tanto, deverão ser observados: “§5º, I – a gravidade do risco ou dano à segurança da sociedade e do Estado; e II – o prazo máximo de restrição de acesso ou o evento que defina seu termo final” (BRASIL, 2011).

Conforme a LAI uruguaia, em seu artigo 22 e seguintes, sempre que o obrigado se recusar a fornecer a informação solicitada, ou deixar transcorrer o prazo, o solicitante poderá ingressar com uma ação judicial, denominada “ação de acesso à informação” contra o solicitado (URUGUAY, 2008). Também consta, na LAI do Brasil, essa possibilidade, em seu artigo 15 e seguintes, no entanto, são chamadas de “recursos”. Quando o acesso for indeferido ou negado, o solicitante poderá interpor recurso no prazo de dez dias contados da sua ciência (BRASIL, 2011).

Ambas legislações contemplam responsabilidades, previstas no artigo 31 da LAI do Uruguai (2008) e no artigo 32 da LAI brasileira (2011), como quando o agente responsável nega-se a prestar a informação solicitada sem motivo justificado, entre outros.

Com isso, muito embora seja possível perceber algumas diferenças entre uma legislação e outra, as LAI(s) possuem mais simetrias do que assimetrias. Contudo, nenhuma das duas trata especificamente sobre informação pública ambiental, e é por essa razão que na próxima seção deste trabalho esse tema será investigado.

4 | O ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA AMBIENTAL NOS PAÍSES INVESTIGADOS

Autores como Laymert Garcia dos Santos (2005, p. 129) teorizam sobre o conceito de informação. Para ele, alguns autores preocupam-se com os efeitos colaterais, e seus impactos na economia, política e relações de poder, da transmissão de informação. Outros quanto a existência dessa, sendo que a informação nasce da formação de um sistema entre o emissor e o receptor do sinal. Para ele, “a informação é a instituição de uma comunicação que contém uma quantidade energética e uma qualidade estrutural” (SANTOS, 2005, p. 131).

A informação ambiental, para Machado (2006, p. 91), obedece aos mesmos requisitos que as demais, as quais os seres humanos têm direito de receber. Para o

autor, a informação deve ser veraz, contínua, tempestiva e completa, além de possuir características essenciais, tais como tecnicidade, comprehensibilidade e rapidez.

Quanto à essas características, destacam-se a tecnicidade da informação ambiental, em que essa compreende dados técnicos, tais como normas de emissão e padrões de qualidade. Além disso, a informação deve ser clara e comprehensível, mas sobretudo ser utilizada de imediato. Também precisa ser tempestiva, ou seja, prestada rapidamente, o que pressupõe a qualificação dos emissores. Ademais, sempre que houver risco significativo, tanto para a vida humana quanto para o meio ambiente, essa deve ser fornecida imediatamente. E ainda, independe de interesse pessoal do informado, pois trata-se de interesse difuso ou coletivo (MACHADO, 2006, p. 91).

Mas afinal, o que é informação ambiental? Para Chávez (2015, p. 14, tradução nossa),

É aquele dado, indicador ou registro em matéria de água, ar, solo, flora, fauna e demais recursos naturais, espécies, ecossistemas, entre outros, obtidos como resultado de atividades científicas, acadêmicas ou de monitoração, que se encontram contidas em políticas, normas, informes, instrumentos de gestão ambiental ou outros documentos, a partir dos quais se poderá conhecer aquelas atividades que geram implicações na saúde das pessoas e no ambiente.

Conforme a Artigo 19 (2016), “todas as informações relacionadas direta ou indiretamente à situação do meio ambiente podem ser consideradas informação ambiental”. Nesse sentido incluem-se leis, regulamentos, normas, estrutura, funcionamento, responsabilidades de órgãos governamentais, decisões tomadas pelo poder público, planos de desenvolvimento, resultados de pesquisas científicas, documentos de licenciamento ambiental e relatórios de monitoramento ambiental.

Sastre (2016, p. 2011) destaca, como marco jurídico internacional em matéria de acesso à informação ambiental, a Conferência Mundial de Estocolmo de 1972, ou Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano. Essa não fez referência expressa àquele direito, contudo, pela primeira vez na história da humanidade, toma-se consciência internacional a respeito dos problemas de degradação do meio ambiente.

A Conferência do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, no Princípio 10 da Declaração, mencionou, pela primeira vez, o direito de acesso à informação ambiental como necessário para obter uma adequada proteção do meio ambiente (SASTRE, 2016, p. 2012).

Também a Convenção de Aarhus de 1998 trata do acesso à informação, participação pública na tomada de decisões, e acesso à justiça em temas ambientais. Essa foi adotada pela Comissão Econômica para a Europa das Nações Unidas, ratificada pela Comunidade Europeia. De acordo com Sastre (2016, p. 2013, tradução nossa), “nesse instrumento se mostra a indissolúvel união entre o direito de acesso à informação ambiental, reconhecido como direito autônomo e não instrumental, e o desenvolvimento sustentável e o direito à vida e à integridade física”.

Com isso, será evidenciado o acesso à informação pública ambiental, primeiro

no Uruguai e depois no Brasil para, ao final, verificar qual desses países é mais desenvolvido em termos de assegurar e permitir aos interessados esse direito, seja por meio de leis ou de ações afirmativas.

Garcez (2014), ao expor a Lei de Acesso à Informação uruguai e o respectivo Decreto regulamentador, entende que muito embora essas normas sejam omissas quanto ao meio ambiente, o termo “informação pública” engloba toda e qualquer informação conhecida pelos órgãos públicos, ou seja, abrange a informação ambiental, embora não expressamente.

Há, contudo, previsão de acesso à informação e participação na legislação ambiental esparsa daquele país. A Constituição do Uruguai dispõe sobre a proteção do meio ambiente como de interesse geral, rechaçando sua depredação, destruição e contaminação. A Ley de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) e o Decreto Nº 349/2005 estabelecem mecanismos de informação ativa, em que os estudos de impacto ambiental devem ser registrados e publicados (GÓMEZ, 2013).

Ainda, a Ley General de Protección del Ambiente (LGPA) obriga à preparação de um informe ambiental anual, como instrumento de transparência ativa. A Ley de Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SNAP) e o Decreto Nº 52/2005 impõem ao Estado produzir e colocar à disposição, de forma proativa, informações sobre áreas nacionais protegidas, e divulgar em uma página na *Internet* (GÓMEZ, 2013).

A Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible (LOTDS) prevê a inscrição de todos os planos, programas e projetos para, além de outras coisas, servir como fonte de informação em geral. Além disso, atribui ao Poder Executivo a criação de um sistema nacional de informação geográfica sobre a situação física do território. Por fim, a Ley de Descentralización Política y Participación Ciudadana fixa à cada município a promoção da participação da população em temas de informação, consulta, iniciativa e controle dos assuntos de sua competência (GÓMEZ, 2013).

Como é possível perceber, ainda não existe uma lei específica no Uruguai quanto ao acesso à informação pública ambiental, pois de acordo com CEPAL (2013, p. 23, tradução nossa) “só a Argentina e o Brasil promulgaram leis específicas para o regime de acesso à informação ambiental” no Mercosul. Portanto, na sequência, será exposta e analisada a legislação brasileira referente ao tema.

Conforme CEPAL (2013, p. 24), trata-se da Lei Nº 10.650/2003, que dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA (BRASIL, 2003). Essa é anterior à Lei de Acesso à Informação Pública brasileira de 2011. O SISNAMA “é um importante instrumento para viabilizar a sistematização, tratamento, armazenamento e divulgação de informações, documentos e dados sobre o meio ambiente” e “tem como objetivo integrar e compartilhar as informações nos diversos sistemas nacionais existentes” (GARCEZ, 2014).

A Lei inspirou-se na Convenção de Aarhus de 1998, anteriormente citada, e “trata do acesso público às informações ambientais e do fornecimento dessas informações

como, também, da obrigatoriedade da publicação de determinadas matérias no Diário Oficial" (MACHADO, 2006, p. 205).

Faz-se importante mencionar o artigo 2º dessa lei. Esse artigo impõe aos órgãos públicos o fornecimento de informações ambientais, por meio de documentos, expedientes e processos administrativos, estejam em meio escrito, virtual, sonoro ou eletrônico. Ademais, a norma dispensa a comprovação do interesse específico dos indivíduos quanto à informação (artigo 2º, § 1º), sendo que o órgão responsável possui o prazo de trinta dias, a partir da solicitação, para prestar ou facultar a consulta (artigo 2º, § 5º) (BRASIL, 2003).

Consta no artigo 8º que "os órgãos ambientais competentes integrantes do SISNAMA deverão elaborar e divulgar relatórios anuais relativos à qualidade do ar e da água e, na forma da regulamentação, outros elementos ambientais". Contudo, existe a possibilidade, conforme o artigo 5º, de indeferimento da solicitação de informação ou consulta, que deve ser motivado, cabendo recurso no prazo de quinze dias contados da ciência da decisão (BRASIL, 2003).

Apesar da Lei N° 10.650/2003 tratar especificamente do acesso à informação pública ambiental no Brasil, existem críticas quanto ao seu texto e sua amplitude. Para Machado (2006, p. 209), o texto é insuficiente face a velocidade e a intensidade da degradação ambiental. O autor sugere uma reforma da legislação ou uma atuação mais ativa dos órgãos do SISNAMA no sentido de informar as pessoas, seja por meio da *Internet* ou outros.

A Lei de Acesso à Informação brasileira, embora não contenha as expressões "meio ambiente" ou "ambiental" em seu texto, complementa a legislação anterior, sendo um importante marco normativo para o país. Todavia, autores como Rodegheri e Santos (2013) preocupam-se com a possibilidade dessa lei cair em descrédito, em razão da falta de condições necessárias e suficientes para sua efetivação, que é muito grande.

Diante disso, pode-se dizer que tanto o Uruguai quanto o Brasil precisam melhorar, seja criando, aprofundando ou alterando suas legislações, para que a informação pública ambiental seja de fato assegurada a seus cidadãos, especialmente no Uruguai que ainda não conta com uma norma específica referente ao tema.

5 | CONCLUSÃO

Frente a todo o exposto neste trabalho, tem-se algumas conclusões. Primeiro constatou-se que de fato o acesso à informação pública é um direito humano fundamental, e deve ser garantido pelos Estados. Um Governo Aberto pressupõe transparência, participação e colaboração, sendo esses três eixos fundamentais para a concretização desse direito.

Entre os países membros do Mercosul, o Uruguai destaca-se como o Estado

modelo na América Latina quanto à transparéncia, assegurada pela Lei de Acesso à Informação de 2008. Foi por essa razão que o país foi escolhido para o estudo de direito comparado com o Brasil, especialmente no que diz respeito à informação pública ambiental, haja vista a importância do tema.

Assim sendo, foi realizado um cotejamento entre as LAI(s) uruguaias e brasileira, e constatou-se que essas possuem mais simetrias do que assimetrias, muito embora a lei deste país tenha entrado em vigor no ano de 2011, mais recentemente. Porém, nenhuma das duas contempla especificamente a questão da informação ambiental.

No Uruguai ainda não existe nenhuma norma específica quanto a isso, mas sim legislações esparsas. Já no Brasil, a Lei Nº 10.650/2003 dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do SISNAMA, ou seja, contempla a informação sobre o meio ambiente. Contudo, alguns doutrinadores acreditam ser insuficiente para o país.

Por fim, conclui-se que muito embora o direito de acesso à informação seja assegurado e protegido por ambos os países investigados, esses possuem menor preocupação no que diz respeito à informação ambiental, que é de extrema importância haja vista os acontecimentos recentes que prejudicam o meio ambiente. Faz-se necessária uma atuação mais séria e eficaz tanto do Uruguai quanto do Brasil em prol desse direito.

REFERÊNCIAS

ARTICLE 19. **Acesso à informação ambiental.** Disponível em: <<http://artigo19.org/doc/CARTILHAAMBIENTALARTIGO19.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

_____. **Lei Nº 10.650, de 16 de abril de 2003.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.650.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. **Lei Nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 02 ago. 2016.

BUCCI, Eduardo. O acesso à informação pública como direito fundamental à cidadania. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 67, ago. 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6490>. Acesso em: 28 jul. 2016.

CALDERÓN, César; LORENZO, Sebastián. **Open government: gobierno abierto.** Edita: Algón Editores, 2010. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/39496858/Open-Government-Gobierno-Abierto>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

CEPAL. Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe: situación actual, perspectivas y ejemplos de buenas prácticas. **Serie Medio Ambiente y Desarrollo Nº 151.** Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2013. Disponível em: <<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/9/51389/Accesoalainformacion.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

CHÁVEZ, Sharon Zabarburu. El derecho de acceso a la información ambiental. **Cuaderno de derecho de acceso nº 1.** Lima: Programa de Política y Gestión Ambiental – SPDA, 2015. Disponível em: <http://www.spda.org.pe/wpfb-file/acceso-a-la-informacion_final_2-pdf/>. Acesso em: 01 jul. 2016.

COSTA, Iranildo Nascimento da. et. al. Manual da lei de acesso à informação para Estados e Municípios. **Controladoria Geral da União**. Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas. Brasília: Brasil Transparente, 2013. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/transparencia-publica/brasil-transparente/arquivos/manual_lai_estadosmunicipios.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2016.

FLORES-DAPKEVICIUS, Rubén. **El acceso a la información pública en Uruguay**. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/decoin/cont/17/art/art4.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

GARCEZ, Gabriela Soldano. O acesso a informação nos países do MERCOSUL para a construção do desenvolvimento sustentável a partir da conscientização ambiental. **Direito e sustentabilidade III** [Recurso eletrônico on-line]; organização CONPEDI/UFPB; coordenadores: Ruy Cardozo de Mello Tucunduva Sobrinho, Jerônimo Siqueira Tybusch. – Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=ae9402b067df450a>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

GÓMEZ, Alberto; LANZA, Edison; NEME, Carolina. **El principio 10: informe sobre la situación del derecho de acceso a la información ambiental, participación y acceso a la justicia en Uruguay**. 1.ed. Montevideo: Centro de Archivos y Acceso a la Información Pública, 2013. Disponível em: <<http://www.cainfo.org.uy/wp-content/uploads/2014/07/Informe-1-1.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à informação e meio ambiente**. São Paulo: Malheiros, 2006.

PEREYRA, Fernando Gómez. **El derecho de acceso a la información pública en Uruguay**. Cuaderno de Divulgación nº 5. Montevideo: Junta de Transparencia y Ética Pública, 2014.

RODEGHERI, Letícia Bodanese; SANTOS, Noemi de Freitas. Meio ambiente digital no Brasil: direito de acesso à informação e novos desafios tecnológicos. **Direito ambiental II** [Recurso eletrônico on-line]; organização CONPEDI/UNICURITIBA; coordenadores: José Edmilson de Souza Lima, Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza, Denise Schmitt Siqueira Garcia. – Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0e16366727185813>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

SANTOS, Laymert Garcia dos. Quando o conhecimento tecnocientífico se torna predação hight-tech: recursos genéticos e conhecimento tradicional no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SASTRE, Alejandro Corral. **El acceso a la información ambiental en España a la luz de la nueva ley de transparencia**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Montilla; RUARO, Regina Linden (coords). **Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

URUGUAY. **Ley N° 18.381**. Derecho de acceso a la información pública. 17 out. 2008. Disponível em: <http://archivo.presidencia.gub.uy/_web/leyes/2008/10/EC1028-00001.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2016.

REVISÃO TEÓRICA DOS CONCEITOS: PARTICIPAÇÃO SIGNIFICATIVA, AUTONOMIA AMPLIADA E AUTOCOMUNICAÇÃO DE MASSA¹

Aline Amaral Paz

Mestranda do Programa de Pós-graduação em Comunicação da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), bolsista Capes, integrante do Grupo de Pesquisa em Consumo e Culturas Digitais coordenado pela Profª. Drª. Sandra Rúbia da Silva, e-mail: alineamaralpaz@gmail.com

Sandra Rúbia da Silva

Prof. Drª. do Programa de Pós-graduação em Comunicação da Universidade Federal de Santa Maria, coordenadora do Grupo de Pesquisa em Consumo e Culturas Digitais, email:sandraxrubia@gmail.com

RESUMO: Este artigo buscou discutir três conceitos relacionados à comunicação em ambiente digital que alteram e transformam algumas práticas comunicacionais e sociais que dizem respeito a direitos conquistados, ampliados ou legitimados com o uso das tecnologias digitais na internet. O método empregado para o estudo foi de pesquisa bibliográfica (Stumpf, 2011) com apporte teórico dos autores selecionados articulando os conceitos a seguir: Participação significativa pelo autor Henry Jenkins, Joshua Green e Sam Ford (2014); Autonomia ampliada pelo autor Yochai Benkler (2006); Autocomunicação de massa pelo autor Manuel Castells (2013-2015). Verificou-se que os conceitos se relacionam

entre si e são discutidos pelos autores com perspectivas alternadas entre questões de estudos de mídia, democratização em rede, comunicação articulada de muitos para muitos, enfatizando o maior gerenciamento autônomo dos sujeitos, com possibilidade de desenvolvimento pessoal e coletivo nas esferas econômicas, sociais e culturais, frente ao campo da comunicação na internet ao qual se configura a sociedade atual. Portanto, a maior participação dos indivíduos proporcionada pela comunicação neste cenário da sociedade conectada, possibilita desestabilizar o mercado dominante em alguns aspectos, sendo que, o indivíduo pode criar, co-criar, colaborar, entre tantas outras oportunidades que não se *imaginava* até *pouco tempo atrás*, neste ambiente rizomático e descentralizado.

PALAVRAS-CHAVE:Autonomia;Comunicação; Participação; Rede.

INTRODUÇÃO

Pensar a sociedade conectada é pensar todas as transformações que emergiram junto com as redes de contatos online. Como também, é tentar acompanhar as mudanças que acorrem todos os dias, que alteram as formas das relações humanas, ampliando

¹ Artigo apresentado no 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade

as lentes dos conceitos de tempo e espaço, tornando cada vez mais invisível as fronteiras do online e o offline, nesta revolução digital. (COULDREY, 2012). Portanto, estudar conceitos que implicam estas mudanças no ambiente conectado, contribuem para compreender a sociedade fragmentada, efêmera, caótica e múltipla nas suas diferenças, características próprias da pós-modernidade (HARVEY, 2008) e no seu constante e imparcial movimento.

Os conceitos de participação significativa, autonomia ampliada e autocomunicação de massa, ao qual serão descritos a seguir através da pesquisa do referencial teórico¹, colocam em pauta a reestruturação da mídia. Tendo em vista a tensão entre o capitalismo e a capacidade expandida da comunicação no domínio da experiência conectada, desestruturando o mercado, não apenas da comunicação dominante, como o mercado em geral e reformulando questões relacionadas a direitos autorais e copyright.

Há uma transformação destas e outras questões da prática comunicacional e social, por proporcionar espaço e condições aos indivíduos produzirem, com fins lucrativos ou não, o próprio conteúdo e reproduzirem conteúdos de outros autores, com ou sem a autorização na rede. A rede, com sua natureza reticular, segundo Rodrigues “é um sistema constituído por linhas e por pontos que definem circuitos e nós de conexão” (1990, p.95).

A questão aqui discutida, não é se os indivíduos estão usando como deveriam as redes online, se estão utilizando da melhor forma ou se estão produzindo produtos midiáticos relevantes, mas sim, verificar a importância que a possibilidade de dizer, criar e produzir o que jamais poderia ser imaginado há bem pouco tempo, hoje é a realidade social.

Os conceitos que serão descritos, ajudam a entender tal importância para os dias atuais, considerando que são conceitos teóricos com aplicação prática nas relações sociais de comunicação em rede, potencializam o poder dos indivíduos a desenvolverem-se criativamente, alternativamente e economicamente em âmbito individual e coletivo.

Este espaço de ação social em rede forma e transforma culturas digitais. Configura um ambiente onde os indivíduos não apenas possuem acesso à informação, comunicação e cultura, mas também, são produtores da informação, uma modalidade particular de autonomia se instaura na sociedade através de uma esfera de rede online e das práticas na internet.

Para Hine (2015) desconsiderando o determinismo tecnológico, não é a tecnologia em si que apresenta mudanças nas experiências cotidiana das pessoas, mas sim, os usos e os sentidos dados pelos usuários que sustentam esta transformação.

1 Pesquisa bibliográfica, num sentido amplo, é o planejamento global inicial de qualquer trabalho de pesquisa que vai desde a identificação, localização e obtenção da bibliografia pertinente sobre o assunto, até a apresentação de um texto sistematizado, onde é apresentada toda a literatura que o aluno examinou, de forma a evidenciar o entendimento do pensamento dos autores, acrescido de suas próprias idéias e opiniões. (Stumpf, 2011, p.52)

Neste sentido, há uma interação que modifica a estrutura das relações sociais, que está mais relacionada às práticas compartilhadas do que ao lugar geográfico ao qual está inserido, promovendo possibilidades de estar em contato com o outro todo tempo e independentemente do lugar.

Estes movimentos, alteram o processo dos relacionamentos e também conceitos como, o de estar presente, já não faz mais sentido, quando se considera apenas estar presente fisicamente, sendo que, com acesso às plataformas digitais online, pode-se estar presente, onde quiser e quando quiser.

Para (MILLER, 2016) as tecnologias da informação e comunicação proporcionam maiores capacidades aos indivíduos. Podendo desenvolver novas habilidades, potenciais, promover ideias e ações publicamente e globalmente, oportunizando a realização de aspirações pessoais. Com a comunicação em rede pode-se dar visibilidade a projetos, criar mercados alternativos. A rede é um espaço de inovação, colaboração e oportunidade de rentabilidade para muitos e para minorias, como também este ambiente pode ser palco de disputas, da liberdade de expressão que nem sempre é benéfica. Espaço para mercados dominantes tradicionais ou novos que entenderam que a rede é um campo aberto para a economia, crescimento e monopolização, apesar da estrutura ser de natureza rizomática, múltipla e *heterogênea*.

Discutir sobre o que pode ser considerado: autonomia ampliada, participação significativa e autocomunicação de massas por meio da criação de conteúdo, vinda de um público, considerado não especializado para produzir e nem sempre dentro da lógica comercial, é de suma importância, pois diz respeito às práticas relacionadas ao cotidiano dos indivíduos nos dias de hoje. Desde a produção de um vídeo no Youtube para ensinar uma receita caseira de bolo ou um modelo para construir uma casa, vídeos de fãs criando um final alternativo para seriados e filmes, interferindo em leis, como por exemplo, quando algumas ações promovidas por produtores independentes na rede, são consideradas ilegais por se utilizarem de material já existente ou compartilharem materiais áudiovisuais, entre outros, gratuitamente, sem nenhuma participação direta com os produtores primeiros do material.

Esta possibilidade de apropriação do material de outros por muitos, de disseminação de informação independente, de transformação social articulada por coletividades, descentraliza o poder dominante e hierárquico de uma sociedade que foi construída sob estas influências, estas e outras contradições, dão forma a conflitos vividos do nosso tempo.

O objetivo não é questionar sobre direitos e deveres de produtores, mas descrever os conceitos que ajudam a pensar como a sociedade está sendo reconfigurada dia após dia com base em novas estruturas e novas demandas sociais. Antes de se propor a discussão de leis neste campo aberto, é necessário entender que há uma transformação em movimento, mobilizada pela rede. Aceitando ou não, não pode ser negada ou impedida.

Para Malini e Antoun: “há todo um conjunto novo de disputas e conflitos sobre

a produção e a regulação da liberdade na Internet" (2013, p.53). Articulam que os valores capitalistas estão já enraizados nas atividades de conexão, explorando o máximo da produção social, para os autores, a internet é um campo de atuação social onde a liberdade está sempre pautada por disputas. Neste sentido, quando esta liberdade é usada por mercados apenas com fins capitalistas, se torna uma liberdade negativa, pois os indivíduos tornam-se para as corporações, meros números e dados quantitativos.

A convergência midiática provocou uma mudança estrutural na forma de produzir conteúdo, de organizar o tempo e de estar presente. Desestabiliza a relação entre produtor e receptor, ou seja, o público produz o seu próprio conteúdo midiático ou reproduz conteúdos já existentes, sem o domínio da mídia tradicional (JENKINS, GREEN E FORD, 2014). Comunicar nunca foi tão dinâmico e instantâneo como atualmente, visto as facilidades de conversação e acesso a informação que potencializam as interações mediadas por computador e promovem a ação individual mais autônoma que pode somar vozes e ganhar dimensões incalculáveis.

Para dialogar com os autores propostos, foi realizada uma pesquisa bibliográfica descrevendo o referencial teórico sobre os conceitos apresentados, com diferentes perspectivas. Na primeira sessão será exposto o conceito de Participação Significativa, onde Jenkins, Ford e Green argumentam sobre as relações de produção estruturadas pelo receptor de forma descentralizada. Na segunda sessão, será apresentado o conceito de Autonomia ampliada, Benkler discorre sobre a importância de uma economia em rede que amplia a autonomia dos indivíduos de uma forma irreversível. Na terceira sessão o conceito de Autocomunicação de massa, onde Castells descreve a comunicação em ampla escala, gerando ação individual e coletiva impulsionando o poder da sociedade em rede.

Os três autores conceitos possuem a característica em comum de manter o foco nas capacidades aumentadas dos indivíduos em rede através da possibilidade de maior liberdade de expressão e da produção descentralizada

PARTICIPAÇÃO SIGNIFICATIVA

Compartilhar e curtir poderiam ser elegidos os verbos da era da comunicação por redes online. Nestas ações, se concretiza a participação em diferentes perspectivas e modalidades, as informações que circulam em ambiente digital são passíveis de serem compartilhadas e assionadas por botões de sentimentos, desde a representação da alegria, tristeza, amor, surpresa, indignação, transportados para a rede através de algoritmos. Desta forma, participar não se configura apenas em produzir, mas tem uma abrangência muito maior, reestruturando a relação entre produtor e receptor, tornando possível, a intensificação da troca de informação e cultura a nível global.

Conceito defendido por Jenkins, Ford e Green, a participação significativa retrata

uma mudança no ambiente midiático, promovida pela liberação do polo emissor. Discorrem que a produção cultural organizada por um público que outrora não tinha meios de produzir, possui um papel fundamental não apenas para as lógicas do mercado.

Reconhecem que barreiras culturais podem ser desfeitas a partir do momento em que a produção é descentralizada, relatando um conflito para com as definições de participação significativa, às quais os autores definem em duas modalidades: “[...] uma concepção de participação (que inclui uma promessa de tornar as empresas mais compreensivas em relação às necessidades e os desejos de seus “consumidores”) e uma concepção política de participação (que foca o desejo de todos nós exercermos um poder maior [...]” (JENKINS, FORD, GREEN, 2014, p.198).

Neste sentido, além da produção independente, há outros tipos de participação. Apreciar, avaliar, criticar e repostar material é em diferentes níveis, participar. Consideram os autores, reducionismo entender como participação do público, exclusivamente a produção em si, mesmo existindo pessoas que apenas assistem ou leem os conteúdos produzidos por outros, fazem isso de forma diferente, visto que reconhecem e constroem o seu potencial para produzir e criar.

Dentro deste contexto, as corporações mercadológicas percebem o potencial lucrativo das comunidades digitais, buscam estratégias de marketing para tentar maior engajamento do público, transformando, por vezes, erroneamente, a noção de público participativo como mera resistência. Desta forma, apesar de parecer que as empresas através de suas marcas criam laços afetivos com os clientes com desinteresse, por trás das estratégias há a busca pela lealdade das audiências, se utilizando das redes digitais para alcançar tais objetivos: “As comunidades de marcas podem então desempenhar um papel de fiscalização”², no sentido de conferir se as promessas da marca estão sendo cumpridas com relação aos interesses do público.

Malini e Antoun (2013) descrevem que a internet faz esse movimento de privilegiar a coordenação de produção coletiva, retirando o privilégio da comunicação como modelo informational coordenada por poucos proprietários.

Os termos audiência e público são ambos, definições particularmente diferentes com base na descrição dos autores. Audiência é entendida como uma soma medida pela indústria. Público é entendido como um grupo social que compartilha de uma identidade. Conceituam os termos fãs e fandoms como termos também distintos, sendo que fãs “entendidos como indivíduos que tem uma relação fervorosa com uma franquia de mídia em particular e fandoms, cujos membros se identificam conscientemente como parte de uma comunidade maior...”³. Os fãs são indivíduos enquanto os fandoms são coletivos. Os segundos, ganham maior espaço de representação, conectados em rede, possibilitando o acesso e a vigilância das intenções das marcas e instituições as

2 JENKINS, Henry; FORD, Sam; GREEN, Joshua. **Cultura da conexão**: criando valor e significado por meio da mídia propagável. São Paulo: Aleph, 2014. P.207

3 Idem P.210

quais destinam sua atenção. A participação com maior autonomia para opinar, criticar, valorizando ou desvalorizando uma determinada marca, estabelecendo um jogo de disputas, onde as instituições dominantes podem perder voz para os públicos.

Segundo Malini (2013) não se vive mais em uma sociedade de cultura hegônica, os processos culturais se tornam pelas trocas informacionais, cada vez mais diversos e mistos, influenciando, misturando e promovendo visibilidade a culturas diferentes em torno da própria autonomia.

A produção independente, ganha outros sentidos na cultura contemporânea, através da participação significativa. O que outrora era vista como oposição e concorrência desprovida de capital de produção especializada, agora é compreendida pela cultura dos fãs e fandoms como produção complementar a mídia tradicional

Assim, os debates apresentados pela mídia dominante criam espaços de debates que se desenrolam em construções muito mais complexas que podem levar a mobilidade e mudanças sociais por se estenderem além do previsto, alimentando discussões do cotidiano, “Nesse ambiente o texto de novela atua como um recurso para os espectadores construírem relacionamentos, que muitas vezes se envolvem em debates críticos que ultrapassam os debates do programa...”⁴.

Esta colaboração possui duas dimensões distintas, uma é objetivamente um meio, uma ferramenta de sair fora do padrão mercadológico, provocando um desconforto na ordem social capitalista e a outra é como uma forma de mascarar os interesses capitalistas, através da colaboração do público.

A cultura participativa, ganha maiores dimensões, onde fãs e produtores comerciais se relacionam constantemente, como descrevem os autores: “Assim é a natureza da colaboração na barriga da besta mídia”⁵, os fãs ganham ao produzir material derivado de outros materiais e interferem na criação do produtor oficial e os proprietários podem explorar este potencial criativo dos fãs, com olhar estritamente lucrativo.

Quando a audiência se apropria de um material comercial já produzido e entregue as massas, segundo os autores, estam cocriando. Aos olhares mais voltados para economia e a esfera capitalista, se considera que cocriar é violar direitos dos autores e veem esta ação como uma ameaça aos trabalhos de produção especializados, porém no contexto digital em que nos encontramos, é quase impossível não criar a partir do que já existe, visto que tudo pode estar acessível e online para participar.

Em um mundo em que algo, se não propagado, está morto, se não puder ser citado, pode não significar nada, As práticas sociais de mídias propagável precisa de material que seja citável, ao fornecer formas fáceis, para que o público possa extrair trechos desse material e compartilhar esses trechos com os outros.⁶

4 JENKINS, Henry; FORD, Sam; GREEN, Joshua. **Cultura da conexão**: criando valor e significado por meio da mídia propagável. São Paulo: Aleph, 2014, P.211

5 Idem P.219

6 Idem P.234

Jenkins, Ford e Green descrevem sobre os hits que viram memes no Youtube por serem apropriados por seus públicos e transformados, remixados em produtos exclusivos e diferentes da proposta original, seus fãs acabam promovendo e intensificando o conteúdo para os produtores, ganhando também visibilidade com a cocriação, conectando o produto midiático com as identidades e realidades culturais diversas. Esta situação é uma das variadas formas de participação significativa.

Para os autores é uma luta constante e ativa de busca pelo desenvolvimento de uma cultura participativa na inclusão de comunidades populares como produtoras de produtos culturais, desta forma, descrevem “se entendermos a participação como o trabalho de públicos e não simplesmente de mercados e audiências, então as oportunidades para expansão da participação são lutas que devemos incluir ativamente [...]” (JENKINS, FORD, GREEN, 2014, P.240)

Os autores defendem que o acesso à cultura participativa desenvolve no público um senso de propriedade sobre o material produzido, assim como promove uma esfera de poder discursivo e persuasivo, apesar deste acesso a tecnologia e também ao conteúdo em si ser limitado por diferentes localidades e dependentes de órgãos governamentais.

Há a necessidade de entender a conquista da participação em rede como um trabalho de públicos e não meramente de audiências. Assim, criam-se possibilidades da desigualdade perder espaço, dando lugar para o desenvolvimento técnico e a acesso facilitado ao aprendizado digital, demandas que não se restringem ao universo tecnológico, mas sim a questões muito mais complexas como igualdade e justiça social.

No geral, a participação significativa, ganha múltiplas dimensões dentro da esfera digital, criando espaços de independência para públicos que sem isso, não teriam como se expressar a nível global e de articular ideias e ações com outros que pensam e agem da mesma forma, fundamentos que o autor Yochai Benkler compartilha através do conceito que será exposto a seguir de autonomia ampliada.

AUTONOMIA AMPLIADA

O cenário da comunicação digital proporciona aos indivíduos, dinâmicas alternativas de interação, que transformam a maneira de agir e estar no mundo. A prática social se estende para além das fronteiras geográficas, abrindo espaços de colaboração coletiva, assim como espaços de controle disciplinadores. De qualquer forma, esta possibilidade, modifica o exercício de produzir, criar, receber e circular a informação.

Benkler (2006) apresenta o conceito de autonomia ampliada, que para ele é a primeira consequência da economia de informação em rede. Discrimina três dimensões nas quais se melhora a capacidade prática dos indivíduos através desta

autonomia por redes online: (1) Ela melhora a capacidade dos indivíduos de fazer mais para e por eles próprios, descrevendo que o indivíduo pode criar, produzir e ramificar seu conhecimento sem a dependência das mídias dominantes; (2) Ela aumenta a capacidade de fazer mais com os outros, a nível coletivo, sem ser limitado a organizar a sua relação por um sistema de preços ou por sistemas hierárquicos tradicionais de organizações sociais e econômicas. Essa forma de se relacionar em rede, possibilita que se crie vínculos frágeis, sem amarras burocráticas, assim fica mais fácil iniciar ações online que requeiram colaboração coletiva, ficando a critério do próprio indivíduo a escolha dos projetos que queira se engajar na rede; (3) Ela melhora a capacidade de indivíduos fazerem mais em organizações formais que operam fora da esfera do mercado.

Onde antes a possibilidade de se criar algo novo e próprio eram limitados exclusivamente ao poder monetário e amarras burocráticas, com a economia de informação em rede, a autonomia para desenvolver projetos individuais ganham outras perspectivas.

A rede torna-se um leque de oportunidades para a atividade descentralizada do mercado tradicional. Movimento que colabora para um sistema mais participatório, uma cultura mais crítica e a possibilidade de uma sociedade mais justa, sendo a rede, campo aberto para a execução do trabalho individual e vindo de culturas populares, independente do investimento de grandes economias e de grandes mercados. Neste espaço, uma ideia ou um produto que parece simples, podem ganhar dimensões globais, em um pequeno espaço de tempo.

As iniciativas fora do mercado estão em constante crescimento, é como acontece à descentralização da informação que vai reestruturando a economia da informação em rede. A tecnologia não é apenas mais uma ferramenta da vida cotidiana do ser humano, descreve Benkler, que a tecnologia estabelece alguns parâmetros de ação social, ela torna algumas das ações humanas mais fáceis e outras mais difíceis, não é uma regra, que a tecnologia, irá melhorar as relações enquanto sociedade.

Para o autor, este processo está em constante construção e depende das escolhas que são tomadas contra ou em prol a livre produção e ação individual ou coletiva. Segundo Negri e Hardt (2001) a troca para a economia da informação provocou a descentralização e a desterritorialização da produção, seriam as primeiras consequências geográficas deste movimento: “A comunicação e o controle são exercidos eficientemente à distância, e em alguns casos, produtos imateriais podem ser transportados pelo mundo a custos mínimos de tempo e dinheiro” (2001, p.316). Argumentam também que esta desterritorialização fica ainda mais marcada nos processos de produção imaterial que envolvem conhecimento e informação.

A tecnologia cria espaços de viabilidade para a prática social. A forma de se comercializar em rede e de concentração de conteúdos modificam a estrutura de uma sociedade industrial, ou seja, qualquer pessoa que tenha informação, pode se conectar e repassar essa informação, tornando-a global e passível de modificações e

compartilhamentos.

Os meios que uma vez dominaram o ambiente de informação se desestabilizaram com este novo momento de economia de informação em rede, pelo fato de que não se tem mais os altos custos para ter acesso e transmitir informações de toda ordem. Em contraste com este sistema, os crescentes modelos de cooperação e partilha ganham força: pesquisa no google e Wikipédia, por exemplo.

E isso não é porque a economia move o mundo, nem porque a tecnologia determina a direção da sociedade e da comunicação, mas pelo impacto da tecnologia, combinada com a sustentabilidade económica das práticas sociais emergentes, cria um novo conjunto de oportunidades sociais e políticas que este trabalho está em causa. Examinando os fundamentos econômicos dessas práticas é possível entender os parâmetros econômicos que podem operar na imaginação e conquistas políticas de práticas no ambiente de rede digital.⁷

Segundo Benkler a economia industrial precisa de um custo alto para manter os superstars na mídia de massa e assim dispor de uma quantidade menor de produtores, fazendo com que o conhecimento esteja a disposição de poucos e o mercado acaba possuindo poucos concorrentes pelo investimento que se precisa para produzir conteúdo.

A partir do acesso a rede, se vislumbra um novo processo para a produção cultural, onde há possibilidades de qualquer pessoa produzir conteúdo e com isso reduzir o custo de material de meios de produção e troca de informações, conhecimento e cultura, e ainda assim produzir muito mais conhecimento a nível global.

Deve-se estar atento a estas mudanças que caminham para novas práticas sociais, Benkler chama a atenção para um conceito da área da Economia e traduz para a economia em rede, chamado de bens não-rivais, onde conceitua, exemplificando: “Lembre-se que a música, como a informação é um bem público não-rival cujo custo marginal, uma vez produzido, é zero. Além disso, os arquivos digitais não são “tomadas” de um lugar para jogar em outro [...] (BENKLER, 2006, P.124). Complementa juntificando que o único custo real é o de armazenamento na transmissão de um dispositivo para outro, incentiva, portanto, que os bens não-rivais devem circular na rede sem prerrogativas burocráticas e capitalistas, visto que já se pagaram e seu compartilhamento não gera nenhum outro custo financeiro e não diminui sua quantidade no compartilhamento coletivo. Portanto, a informação, comunicação e cultura que são compartilhados nas redes online são bens não-rivais e públicos.

A colaboração coletiva em rede, fez com que os software livre e códigos abertos fossem não só possíveis como executáveis, essa ajuda mútua surpreendeu o modelo econômico vigente, assim como leis de direitos autorais que também se desestabilizam nestas condições online, mas ao mesmo tempo, segundo Malini e Antoun (2013, p.64) os indivíduos em rede também criam o que eles chamam de

7 BENKLER, Yochai. Título original: **The Wealth of Networks: How Social Production Transforms markets and freedom**, 2006. P.70

“feudalismo digital” para descrever que a multiplicidade de sujeitos com oportunidades tanto de criar colaboração quanto de estacionar este poder de colaborar, fazem isso, no momento em que se servem apenas de critérios capitalistas.

São inúmeras as melhorias nas relações econômicas, culturais e sociais do indivíduo através da autonomia ampliada em rede, esta melhora, quase incalculável, se constitui em um panorama de produção, distribuição e circulação de conhecimento e cultura, operado em grande escala e não mais por partes do tecido social que antes dominavam a informação e comunicação.

A cultura e o conhecimento, na economia da informação em rede são compartilhados de muitos para muitos, que agora falam, se manifestam, criam e vivem da rede ou pela rede, como argumentará o conceito a seguir de autocomunicação de massas.

AUTOCOMUNICAÇÃO DE MASSA

A sociedade conectada e articulada pelas redes de contatos online passam a gerir e administrar ações individuais e coletivas. Esta organização em grande escala, possibilita desestabilizar toda forma de comunicação e poder, construindo uma comunicação mais interativa, dinâmica e descentralizada, a partir da autogerencia possível nas redes.

Calstells propõe compreender o papel do poder na sociedade em rede, a partir dos receptores passando a se mobilizar e a ser também emissores de mensagens, onde acontece o fenômeno que ele chama de “autocomunicação de massa” (2015. p.22).

Processo que está estruturando uma nova, profunda e mais interativa sociedade em rede, que amplia a capacidade dos indivíduos de se emancipar frente às instituições de comunicação, resultando na inserção de novos valores e ideias que serão globalmente compartilhadas com a sociedade, possibilitando oportunidades de mudança social, tanto de uma forma positiva, quanto negativa, importa aqui, que cada indivíduo terá a chance de exercer o papel ativo de transformação social, através do poder da comunicação em rede.

Castelles (2015) descreve quatro tipos distintos de exercer o poder em rede: Poder nas redes, poder da rede, poder trabalho pela rede, poder de criar redes, afirmado que cada rede, visando suas regras e metas a serem atingidas, determinam suas relações de poder, desta maneira, o capitalismo, geralmente é o que dita às leis, reconhecendo que há neste universo capitalista online, novas formas de dominação.

Independentes da vontade dos atores sociais há todo um sistema de vigilância instalado na sociedade em rede, que para o autor acontece em dois níveis, o primeiro, pelos programadores, aqueles que programam e reprogramam as redes e segundo a capacidade dos agentes sociais que ele chama de “comutadores” (p.92) de controlar

conexões entre pontos variados, como redes políticas, religiosas, acadêmicas e empresariais, que se auxiliam e cooperam mutuamente e estratégicamente, compartilhando ideias, projetos e materiais culturais por meio da comunicação em rede.

Enfatiza também, que além do poder, há o contrapoder: “o poder governa, os contrapoderes lutam” (p.95), possibilitando a socialização e a promoção, que pode vir do local para tornar-se global de discursos, projetos, valores sociais alternativos, que são incorporados no tecido social através do poder da comunicação em rede, desafiando as lógicas vigentes.

Essa emergência da comunicação de muitos para muitos, é autocomunicação por ser produzida e direcionada de uma forma autônoma e possuir a potencialidade de chegar a uma multiplicidade de receptores, com diferentes mensagens e a infinidade de redes a nível global. Segundo Castells: “a autocomunicação de massas é a plataforma tecnológica da cultura da autonomia” (2015, p.145), também torna mais difícil o controle de governos e empresas e assim facilita a ação e mudanças sociais através da possibilidade de iniciativas individuais que se tornam coletivas, gerando seus conteúdos e distribuindo-os a nível global, limitando o controle das censuras impositivas, sejam elas midiáticas, governamentais ou capitalistas.

Para o autor, as relações de poder na sociedade, são construídas, antes de tudo, na mente humana, através da comunicação, que é externalizada para esta organização comunicacional em rede, configurando uma nova estrutura social que se torna “a espinha dorsal das nossas vidas” (2015, p.31), sendo este espaço conectado, um ambiente de livre expressão, coloca em evidência uma cultura da liberdade, que é uma das bases da internet, mesmo com restrições e limitações corporativas e empresariais.

A autocomunicação de massa fornece a plataforma tecnológica para a construção da autonomia do ator social, seja ele individual ou coletivo, em relação as instituições da sociedade, por isso que os governos têm medo da internet, e é por isso que as grandes empresas têm com ela uma relação de amor e ódio, e tentam obter lucros com ela, ao mesmo tempo que limitam seu potencial de liberdade (por exemplo, controlando o compartilhamento de arquivos ou as redes com fonte aberta).⁸

Producir se torna um trabalho de conhecimento e autovalorização do agir intelectual humano, toda e qualquer força que bloqueie esse poder é um obstáculo que deve ser vencido. Para Negri e Hardt: “O poder de agir é constituido por trabalho, inteligência, paixão e afeto num lugar de todos” (2001, p.380). A teoria da mídia social tenta entender a complexidade do impacto da mídia como espaço e ferramenta da ação humana, conectando a sociedade em grande escala: “Na internet as consequências para a teoria social são, portanto, radicais. A conexão online muda o espaço da ação social...” (COULDREY, 2012, p.18).

8 CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais na era da internet. Tradução de Carlos A. Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. P.10

Portanto, a conquista da autonomia é quando os atores sociais conseguem colocar em prática projetos e ações em todos os níveis, de acordo com seus interesses, sem necessariamente a aprovação das instituições da sociedade.

Assim, os sujeitos, se articulam, se unem e trocam ideias, culturas, saindo do individual para o coletivo, transformando a comunicação em rede em autocomunicação de massas. Esta comunicação jamais imaginada há alguns anos, projeta cada vez mais a liberdade de expressão e o poder de decisão vinculada a trabalhos coletivos que são organizados dentro e fora da rede, mas também as redes podem ser uma via de mão dupla, tanto para o progresso, quanto para o retrocesso social, os discursos de ódio, propagando preconceitos, racismo, machismo, entre tantas outras mazelas construídas em sociedade, ganham também visibilidade, tomando corpo nas práticas sociais digitais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Os autores aqui apresentados propõem definições alternativas para designar o seu tratamento aos sujeitos: Desta forma, Jenkins, Ford e Green referem-se ao termo como audiências ou públicos, Castells trata como receptores ou atores sociais e Benkler nomeia os sujeitos como indivíduos.

Apesar do olhar central dos autores em direção a liberdade aumentada potencializadora da ação humana na rede, pode-se considerar, de uma forma geral, que os primeiros, voltam-se para o estudo da mídia, respectivamente, o segundo, desenvolve seu conceito mais direcionado para movimentos sociais articulados em rede que fazem uma passagem do individual para o plural e movimentam transformações sociais, o coletivo que ganha poder através da tecnologia digital online e Benkler volta-se a ideias liberais, onde, vê na rede, o grande potencial para uma sociedade mais justa e democrática com possibilidades mais igualitárias e não totalitárias.

Os conceitos principais abordados neste artigo, são perspectivas esperançosas com ideias positivas frente as capacidades dos indivíduos que podem ser impulsionadas pela rede e na rede.

Para tanto, cada autor, apresenta exemplos reais e práticos para construir seus argumentos: Jenkins, Ford e Green descrevem cases como o caso Makmende na indústria de áudio visual nigeriana, onde o vídeo ganhou circulação internacional divulgando uma cultura local, Benkler cita exemplos de sites e plataformas que divulgam material independente e colaborativo, como Wikipédia e Wikileaks e Castells apresenta movimentos sociais que foram mobilizados e ganharam força na rede como a Primavera Árabe e Occupy Wall Street.

Fica evidente a preocupação dos autores em mostrar como a comunicação em rede promoveu a autonomia do indivíduo e coletividades, juntamente com os benefícios sociais que a autonomia carrega, de produção e circulação, como também

proporciona oportunidade de fala a todos que tem acesso às tecnologias de informação e comunicação em rede.

Com isso, minorias marginalizadas ganham representatividade na rede, na busca por seus interesses sócio-político-culturais e contrapondo mecanismos de controle, mas também reverberam uma oferta e demanda do consumo de discursos de ódio e todo um universo desumano circulando entre as redes de contatos, que pode estar de forma visível e de fácil acesso, ou, pode estar na circulação de produtos midiáticos na deep web.

Apresentam os autores, conceitos com terminologias diferentes, mas que se encontram, se conectam e se relacionam entre si, concordam que a comunicação em âmbito digital proporciona aos indivíduos maior gerenciamento independente do conhecimento e da cultura, características da comunicação em rede.

Além de, descreverem que a autonomia nas redes, torna a comunicação mais descentralizada, desestabilizando o mercado dominante, em vários níveis e esferas, que envolve a promoção e circulação de produtos culturais na rede compartilhados, gerando desconforto entre empresas e governos e ainda desestabilizando leis, referente a direitos e deveres, criando novos setores tanto no mercado econômico, quanto para projetos completamente desinteressados de lucratividade financeira.

Portanto, a participação em vários níveis, promove autonomia dos indivíduos, mesmo na mais singela observação, assim, a rede proporciona um ambiente de liberdade e expressão diferente e capaz de empoderar todo e qualquer sujeito que esta imerso na cultura digital. Desta forma, se pode dizer que fica mais fácil mobilizar ideias, atitudes de cooperação e construção em conjunto, dando visibilidade a discursos marginalizados, tabus e discriminados, oportunizando debates a nível global que visem maior conscientização e valorização do diferente, da diversidade de culturas e práticas sociais que ganham dimensões para além da rede, interferindo no cotidiano das pessoas e transformando a sociedade.

Esta troca informacional e produção de material descentralizado e participativo, gerencia através da rede, incalculáveis bens não-rivais (BENKLER, 2006). Possibilita também, o acesso ao conhecimento a populações menos favorecidas, oportunizando o saber e o desenvolvimento destas comunidades, onde poderia levar semanas, meses ou anos para chegar determinadas informações, com as redes de contatos online, levam-se segundos, quando não está em tempo real, sendo vivenciada pelos indivíduos.

Embora haja na rede um grande controle da informação, manipulado por organizações mercantis, dados pessoais em prol da diminuição da oferta da liberdade (MALINI, 2013), é importante retomar a essência da rede proposta por Tim Berners-Lee⁹, que deve ser livre e descentralizada.

9 Disponível para acesso: <<http://gizmodo.uol.com.br/tim-berners-lee-preocupado-web/>> Acesso em: 28. Outubro, 2017.

Neste contexto, para os conceitos aqui abordados, a rede permite uma sociedade mais crítica e reflexiva, mais transparente e maleável, mais democrática e participativa, onde os indivíduos interagem com outras culturas e se apropriam de culturas alheias, frisando as capacidades aumentadas e as possibilidades de produzirem por si mesmos e por outros, consequentemente, abrindo espaços de crescimento e desenvolvimento sócio-cultural e econômico para todos que conseguirem ver na rede, um campo de atividade e ação humana.

REFERÊNCIAS

BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks**: How Social Production Transforms markets and freedom, 2006.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais na era da internet. Tradução de Carlos A. Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

_____. **O poder da comunicação**. – 1º ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

COLDRY, Nick. Media, society, world. Cambridge: Polity, 2012

HARDT, M.; NEGRI, A. **Império**. Rio de Janeiro: record, 2001.

HARVEY, David. Condição pós-moderna: Uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. 17. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

HINE, Christine. Ethnography for the Internet: Embedded, Embodied e Everyday. Londres : Bloomsbury Academic, 2015

JENKINS, Henry; FORD, Sam; GREEN, Joshua. **Cultura da conexão**: criando valor e significado por meio da mídia propagável. São Paulo: Aleph, 2014.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Ed. 34, 1999.

MALINI, Fábio. ANTOUN, Henrique. **A internet e a rua**: ciberativismo e mobilização nas redes sociais. Porto Alegre: Sulina, 2013.

MILLER, Daniel; COSTA, Elisabetta; HAYNES, Nell; MCDONALD, Tom; NICOLESCU, Razvan; SINANAN, Jolynna; SPYER, Juliano; VENKATRAMAN, Shriram; WANG, Xinyuan. How the World Changed Social Media. London, 2016.

RODRIGUES. Adriano Duarte. **Estratégias da comunicação**. Lisboa: Presença, 1990.

STUMPF, Ida Regina C. Pesquisa bibliográfica. In: DUARTE Jorge, BARROS, Antonio-Organizadores. **Métodos e técnicas de pesquisa em comunicação** – 2. Ed. – 4. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2010. p. 51-62.

A TRANSPARÊNCIA COMO INSTRUMENTO À EFICÁCIA MATERIAL DO DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO

Guilherme Aparecido da Rocha

Universidade de Marília

Marília – São Paulo

RESUMO: A sociedade pós-moderna tem a comunicação como elemento característico. Este instrumento deve ser utilizado pelo Poder Público para satisfazer parte das necessidades da comunidade, que hodiernamente exige novas formas de gestão da *res publica*. Nesse contexto, a transparência surge como um instrumento à eficácia material do direito ao desenvolvimento. Este, por seu turno, está previsto internacionalmente e é amparado pelo princípio constitucional da solidariedade. Não obstante as exigências legais concernentes à transparência, a presente pesquisa cogita de uma atuação além dos limites legais, sempre com a finalidade de satisfazer materialmente o direito ao desenvolvimento. O método adotado a este estudo foi o indutivo, e ele se realizou mediante análise qualitativa e ampla pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos. Desenvolvimento. Transparência.

ABSTRACT: Postmodern society has communication as a distinctive element. This instrument must be used by the Government to meet part of the needs of community, which

in our times require new forms of management *res publica*. In this context, transparency emerges as an instrument to effectively stuff the right to development. This, in turn, is expected internationally and is supported by the constitutional principle of solidarity. Regardless of the legal requirements concerning the transparency this research considering a performance beyond legal limits, always with the purpose of material fulfill the right to development. The method adopted in this study was inductive, and it was performed by qualitative analysis and bibliographic research.

KEYWORDS: Human rights. Development. Transparency.

1 | INTRODUÇÃO

O processo de evolução dos direitos humanos é constante e demanda a realização de um conjunto de ações dos Estados para que eles possam ser materialmente efetivados.

O contexto atual de incidência dos direitos humanos é a sociedade pós-moderna, ou sociedade da era do *software* (segundo Bauman), que tem na comunicação seu traço característico. Trata-se de uma sociedade global, que exige mudanças na forma de gestão pública e que quer participar diretamente desta

atividade.

Com base no contexto social indicado, esta pesquisa apresenta as três gerações (ou dimensões) clássicas dos direitos humanos, para extrair da última o direito ao desenvolvimento, considerado como um direito inalienável, nos termos da Resolução n.º 41/128 (de 1986) das Nações Unidas, e da Conferência de Viena sobre os Direitos Humanos (de 1993).

Dentre as várias formas de efetividade do direito ao desenvolvimento, esta pesquisa se limita a abordar a transparência, o que se justifica diante da relevância do tema, hodiernamente fiscalizado pelo Ministério Público em toda extensão do território nacional, bem como da escassa produção científica sobre o assunto.

A problemática que cerca esta pesquisa reside na extensão da transparência e na relação que ela possui como mecanismo de eficácia material ao direito ao desenvolvimento. Nesse contexto, as hipóteses que despontam ao enfretamento da questão recaem sobre a análise da legislação pátria, bem como acerca da sua (in) suficiência.

A construção da presente análise foi amparada pelo contexto da sociedade pós-moderna de Zygmunt Bauman (Modernidade Líquida) – como ressaltado – e Mike Featherstone (Cultura de consumo e pós-modernismo). O método adotado à presente pesquisa foi o indutivo, e ela se realizou mediante análise qualitativa e ampla pesquisa bibliográfica.

2 | OS DIREITOS HUMANOS CONTEXTUALIZADOS À SOCIEDADE PÓS-MODERNA

A abordagem do estágio evolutivo da sociedade do século XXI é um elemento simultaneamente indispensável e precedente à análise do desenvolvimento como direito humano, notadamente em vista do instrumento de efetividade que constitui o objeto de estudo desta pesquisa: a transparência.

Por se tratar de pressuposto e não do objeto do presente estudo científico, a abordagem sobre o estágio pós-moderno da sociedade será feito sinteticamente, à medida que tem por fito apresentar o contexto utilizado à pesquisa, bem como o plano que se pretende aplicar as conclusões obtidas.

O sentido empregado para sociedade moderna neste trabalho é o mesmo utilizado por Mike Featherstone, em “Cultura de Consumo e Pós-Modernismo”, ou seja, a sociedade industrial que constituiu o modelo adotado pela maioria dos Estados ao redor do mundo (FEATHERSTONE, 1995, p. 20). Trata-se da sociedade da era do *hardware*, de Zygmunt Bauman (2001, p. 132).

Para Bauman, a era do *hardware* (que ele também chama de modernidade pesada) é aquela na qual os Estados buscavam quantidades, volumes, ou seja, grandes conquistas territoriais, grandes empreendimentos *etc* (2001, p. 132). Os símbolos do

período são o fordismo e o taylorismo (BAUMAN, 2001, p. 134).

A era do *hardware*, no entanto, sucumbe à era do *software* (que Bauman chama de modernidade leve). Esta não esbarra mais no espaço como um elemento limitador, o que decorre da célebre evolução dos meios de comunicação, que propiciaram brusca alteração no modo de ação da era do *hardware* (BAUMAN, 2001, p. 137). Com a evolução da comunicação e a instantaneidade da era do *software*, o espaço (ou seja, a busca pelos grandes empreendimentos, grandes conquistas territoriais *etc.*) se desvalorizou (BAUMAN, 2001, p. 138).

Nesse contexto, o termo pós-modernidade a ser empregado neste trabalho é o da sociedade pós-industrial, que se desenvolve após a criação e desenvolvimento de novas formas de tecnologia e informação, o que transmuda a ordem social produtiva para uma reprodutiva (FEATHERSTONE, 1995, p. 20) e o que viabiliza a criação de novos mecanismos de controle da *res publica*.

A mudança da era do *hardware* para a era do *software* provocou mudanças substanciais em todas as esferas da sociedade. Ela permitiu que se discutisse, em âmbito global, sobre a efetividade dos direitos humanos. Hodiernamente, a violação de um direito pode se tornar mundialmente conhecida em poucos instantes, bem como desencadear reações a partir de qualquer Estado, por meio da *internet*.

O emprego da expressão direitos humanos, neste trabalho, segue o sentido proposto por Sarlet, que atribui ao aspecto espacial da norma um fator preponderante de distinção. Para ele, direitos humanos é a expressão que designa o conjunto de direitos previstos em âmbito externo, de validade universal, enquanto que direitos fundamentais é a expressão que indica o conjunto de direito positivados na ordem jurídica interna, pela Constituição da República (SARLET, 2006, p. 35-36).

Os direitos humanos não surgem a partir de uma outorga voluntária dos governantes aos governados, nem podem ter o seu marco existencial indicado de modo preciso. Eles são fruto da evolução da sociedade ao longo do tempo, que logrou conquistar um conjunto de direitos que não se excluem, mas se agregam para formar um sistema ideal que viabilize uma vida digna (BOBBIO, 2004, p. 32).

Não obstante, a doutrina costuma separar, por conveniência didática, a evolução dos direitos humanos em gerações (ou dimensões) – não obstante a crítica voltada ao uso da expressão “gerações” de direitos, a opção feita neste trabalho é pela sua utilização, notadamente porque é possível vislumbrar, em ambas as expressões, a possibilidade de coexistência, com o que se conclui que o sentido aqui empregado é idêntico ao pretendido pelos defensores da utilização do termo “dimensões”.

Na primeira geração dos direitos, buscou-se afastar um Estado extremamente intervencionista. O anseio social era voltado à obtenção de direitos que limitassem o poder do Estado e reservassem para o indivíduo ou para grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado (BOBBIO, 2004, p. 52).

A ampla liberdade, almejada no início, mostrou-se prejudicial aos menos favorecidos. Os contratos usurários e práticas desleais realizadas, juntamente com a

ausência de assistência estatal motivaram os reclames populares à luta por direitos que lhes conferissem seguridade social, tutela laboral, educação e outros.

Dessa forma, a segunda geração de direitos representa a transição de um Estado ausente, apenas arrecadador de tributos, para um Estado prestador. O objeto desta geração são os direitos sociais, econômicos e culturais, que naturalmente geraram a majoração da carga tributária, o que incrementou o erário e o que justifica a criação de métodos efetivos e diretos de fiscalização pela sociedade.

Com o crescimento das necessidades sociais, aliado aos efeitos de grandes guerras, surgiram preocupações novas, direcionadas à tutela da sociedade global e não apenas de grupos determinados e separados por fronteiras. Estes novos direitos são de natureza transindividual, ou seja, eles ultrapassam a esfera individual da pessoa e que se consubstanciam nos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (ALARCÓN, 2004, p. 81). São direitos enraizados na solidariedade e fraternidade humanas, ponto a partir do qual se extrai o objeto geral desta pesquisa: o direito ao desenvolvimento (BONAVIDES, 2009, p. 569).

Não obstante uma quarta geração de direitos seja apontada por Bobbio, e, além dela, outras tenham sido criadas por outros autores (BONAVIDES, 2009, p. 575), o elemento nodal desta pesquisa resulta de um direito de terceira dimensão, como esclarecido. Acerca dele é preciso que se esclareça sobre sua origem e evolução, para que ao final deste estudo se possa abordar pormenorizadamente acerca de um dos instrumentos destinados à sua efetividade: a transparência.

3 I O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO, COMO DIREITO HUMANO DE TERCEIRA DIMENSÃO

O estudo do direito ao desenvolvimento, considerado como um direito humano de terceira dimensão, pressupõe a análise dos fatores históricos que o impulsionou a adquirir este *status*.

Segundo Pereira, a primeira menção ao desenvolvimento como um direito foi realizada pelo Cardeal Etienne Duval, arcebispo de Aghel (Argélia), em discurso proferido por ocasião de uma mensagem de ano novo, em 1º de janeiro de 1969 (PEREIRA, 1992, p. 29). De modo diverso, Peixinho afirma que a primeira abordagem específica do direito ao desenvolvimento foi realizada por Keba Mbaye, então Chefe de Justiça do Senegal, em 1972 (PEIXINHO; FERRARO, 2011, p. 6959).

No entanto, há uma abordagem sólida sobre o desenvolvimento em momento precedente aos indicados pelos autores mencionados. A carta encíclica *Populorum Progressio*, de Paulo VI, versa exclusivamente sobre essa temática. Escrita em 1967, ela aborda as providências necessárias à promoção do progresso dos povos, por meio de ações voltadas ao “desenvolvimento integral do homem e para o desenvolvimento solidário da humanidade” (IGREJA CATÓLICA, 1967).

O direito ao desenvolvimento preconizado na *Populorum Progressio* não possui apenas índole econômica. Vai além e alcança a cultura, a política e o progresso social (IGREJA CATÓLICA, 1967). Referida carta encíclica conclui que:

As excessivas disparidades econômicas, sociais e culturais provocam, entre os povos, tensões e discórdias, e põem em perigo a paz. Como dizíamos aos Padres conciliares, no regresso da nossa viagem de paz à ONU, a condição das populações em fase de desenvolvimento deve ser objeto da nossa consideração, ou melhor, a nossa caridade para com todos os pobres do mundo, e eles são legiões infinitas, deve tornar-se mais atenta, mais ativa e mais generosa. Combater a miséria e lutar contra a injustiça, é promover não só o bem-estar, mas também o progresso humano e espiritual de todos e, portanto, o bem comum da humanidade (IGREJA CATÓLICA, 1967).

A solidariedade é a base do desenvolvimento, porque este pressupõe um conjunto de ações de âmbito interno e externo, que demandam ações no interior de cada Estado, a partir das ordens políticas locais, bem como em nível global, de modo que os Estados desenvolvidos contribuam com o crescimento dos Estados em desenvolvimento.

A noção de desenvolvimento apresentada neste trabalho, portanto, não se resume a vislumbrar o desenvolvimento como mera forma de redução da pobreza, como pretendido por alguns (NWAUCHE; NWOBIAKE, 2005, p. 100), mas sim como um conjunto de direitos humanos que devem ser materialmente satisfeitos, em vista do bem-comum. Neste conjunto inclui-se, também, o mínimo existencial, condição que depende do desenvolvimento para ser assegurada (MARTINELLI, 2012, p. 5).

Diante da relevância do tema, que foi objeto de discussão em âmbito internacional, o desenvolvimento assumiu o *status* de direito humano inalienável em 1986, por meio de Resolução (n.º 41/128, de 4 de dezembro) das Nações Unidas.

A Resolução n.º 41/128 das Nações Unidas define o direito ao desenvolvimento no artigo 1º, conforme abaixo:

Artigo 1º

§1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

§2. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos à autodeterminação que inclui, sujeito às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício de seu direito inalienável à soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais.

O direito ao desenvolvimento, então, passa pela efetivação de um conjunto de direitos humanos que tem por finalidade assegurar o bem-comum e que estão amparados pelo princípio da solidariedade, que está consignado no artigo 3º, inciso I da Constituição da República de 1988.

Para o desenvolvimento, no entanto, é imprescindível que a forma de gestão da *res publica* seja transparente, e não reservada a poucos. Mais do que isso, é preciso

que o Estado assegure à sociedade formas de participação direta na administração, o que é atualmente facilitado pela evolução nos meios de comunicação.

A participação popular como fator inerente ao processo de desenvolvimento está explicitamente prevista na Resolução n.º 41/128 das Nações Unidas, conforme pode ser constatado abaixo:

Artigo 8º

§2. Os Estados devem encorajar a participação popular em todas as esferas, como um fator importante no desenvolvimento e na plena realização de todos os direitos humanos.

Nesse contexto se enquadra a transparência, como técnica específica de publicidade que abre os dados públicos para que todos tenham acesso imediato e possam fiscalizar, bem como participar ativamente da Administração. Para isso, contudo, é necessária a adoção de várias medidas de cunho administrativo e legislativo, conforme preconizado pelo artigo 10º da Resolução em análise:

Artigo 10º

Os Estados deverão tomar medidas para assegurar o pleno exercício e o fortalecimento progressivo do direito ao desenvolvimento, incluindo a formulação, adoção e implementação de políticas, medidas legislativas e outras, em níveis nacional e internacional.

Previsto na Resolução n.º 41/128 das Nações Unidas, o direito ao desenvolvido foi reafirmado na Conferência de Viena sobre Direitos Humanos, de 1993, também como direito humano inalienável:

10. A Conferência Mundial sobre Direitos do Homem reafirma o direito ao desenvolvimento, conforme estabelecido na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, enquanto direito universal e inalienável e parte integrante dos Direitos do homem fundamentais.

Nesse sentido, de se ressaltar que há quem considere que a Conferência de Viena está para os direitos humanos, como a Rio-92 esteve para o meio ambiente (ALVES, 1994).

Ao explorar o direito ao desenvolvimento, Piovesan vislumbra que ele é composto por três dimensões:

a) a importância da participação, com realce ao componente democrático a orientar a formulação de políticas públicas, dotando-lhes de maior transparência e **accountability**; b) a proteção às necessidades básicas de justiça social, enunciando a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento que: “A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deve ser ativa, participante e beneficiária do direito ao desenvolvimento”; e c) a necessidade de adotar programas e políticas nacionais, como de cooperação internacional [...] (PIOVESAN, 2007, p. 21). (grifo nosso)

A transparência, com instrumento indispensável ao desenvolvimento, encontra terreno fértil na sociedade pós-moderna, que tem a instantaneidade da comunicação

como principal traço característico. É nesse contexto, a partir de suficiente base cognitiva, que o próximo tópico será apresentado, à luz da legislação brasileira e das medidas adotadas à sua respectiva efetivação.

4 | A TRANSPARÊNCIA COMO MECANISMO À EFICÁCIA MATERIAL DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

A eficácia de uma norma jurídica pode ser aferida em dois planos: o formal e o material. A primeira surge a partir da vigência, pois a partir desse momento ela está apta a produzir efeitos. A segunda resulta da real aplicação do seu teor à realidade, ou seja, a casos concretos (TEMER, 1998, p. 23).

O que se busca com a presente pesquisa é identificar como a transparência pode se mostrar útil para que o direito ao desenvolvimento se concretize na realidade brasileira. Além disso, se busca demonstrar como ela é inerente ao desenvolvimento completo, na forma preconizada pelo artigo 8º, § 2º da Resolução n.º 41/128 das Nações Unidas.

O direito ao desenvolvimento, construído com base nos contornos delineados anteriormente, é composto por um conjunto de fatores que, bem executados, permitem à sociedade que avance à obtenção do bem-estar geral, sempre apoiada na dignidade da pessoa humana.

Ao versar sobre o direito ao desenvolvimento, Bento XVI conclui pela necessidade da uma conjugação estatal quadripartite, composta pela solidariedade, pela subsidiariedade (do Estado em relação à sociedade), pela dignidade da pessoa humana e pelo bem-estar (IGREJA CATÓLICA, 2009). Essa complexa conjugação de fatores tem por fito gerar desenvolvimento à sociedade, o que demanda variadas ações.

Dentre as ações que devem ser adotadas pelo Estado está a transparência na gestão do erário, que não pode ser tratada como algo sigiloso. A publicidade é a regra da gestão pública e o sigilo deve ser utilizado apenas excepcionalmente e do modo pormenorizadamente justificado.

É nesse contexto que a transparência adquire relevo, porque se destina à efetivação material do direito ao desenvolvimento. Mas não apenas. A transparência também presta relevante função à efetivação material do direito à informação.

A insatisfação global com a política, notadamente entre os mais jovens, conforme noticiada por Giddens, demanda a reinvenção da forma de gestão pública, mediante a utilização de instrumentos que viabilizem amplo acesso à sociedade, mediante um processo que o autor chama de “democratização da democracia” (2007, p. 85).

A sociedade da comunicação deve ter acesso amplo aos dados públicos, para que possa analisá-los e cobrar as providências que reputar pertinentes. Este processo é fundamental ao desenvolvimento e, ao lado de outras ações públicas, contribui à sua

efetividade.

O princípio da publicidade, então, é um dos pilares fundamentais ao desenvolvimento, porque confere transparência à gestão pública e permite que qualquer um possa tomar parte da *res publica*, encaminhando às autoridades competentes quaisquer indícios de irregularidades que encontrar.

Em âmbito externo, a transparência encontra fundamento na Resolução n.º 41/128 das Nações Unidas, conforme referência anteriormente apresentada. Nela, aliás, está contida disposição que exige dos Estados a adoção de medidas legislativas e administrativas tendentes à concretização da transparência com a finalidade de contribuir ao processo interno de desenvolvimento.

No que tange às medidas legislativas, o Brasil possui um conjunto de normas legais que impõem obrigações endereçadas a todos os Poderes da República, para que tornem públicos os dados relativos à gestão do erário e à execução das atividades administrativas.

Não obstante a quantidade de normas legais existentes, os entes federativos brasileiros pecam em relação à sua observância – o que se afirma diante da média de 3,91 (numa escala de 0 a 10) revelado pelo *ranking* criado pelo Ministério Público a partir da análise dos dados de 5.568 Municípios (BRASIL, 2015), o que dificulta o desenvolvimento à medida que a omissão de dados pode decorrer de atos ilícitos praticados na gestão pública, o que impede, ou, no mínimo atrasa o processo de evolução da sociedade, no sentido de aumentar de modo quantitativo e qualitativo o gozo dos direitos fundamentais.

Dentre as principais fontes legais que impõem deveres de transparência estão: a Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF); o Decreto n.º 7.185, de 27 de maio de 2010 (que regulamenta o parágrafo único do art. 48 da LRF); a Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação - LAI); o Decreto n.º 7.724, de 16 de maio de 2012 (que regulamenta da LAI); a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos); a Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Lei do Processo Administrativo Federal); e a Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade).

O escopo da presente pesquisa não é a análise detalhada de cada fonte normativa que impõe deveres de transparência à Administração Pública, mas sim a identificação do liame entre a transparência e a eficácia social do direito ao desenvolvimento. Diante disso, duas leis (a LRF e a LAI) mostram-se relevantes ao objetivo proposto, porque se prestam ao recurso da exemplificação como forma de demonstrar as condutas esperadas da Administração em relação à transparência. Essas condutas podem ser ativas e passivas.

A transparência implica comportamento ativo do Poder Público quando este tenha que disponibilizar dados sobre a gestão pública independente de prévio pedido. Essa providência é feita primordialmente por meio da *internet* e preferencialmente em portais específicos, popularmente chamados de “portais de transparência”.

A LRF conta com um capítulo específico à transparência, ao controle e à fiscalização. Nele é possível identificar obrigações que refletem os comportamentos ativos que devem ser praticados pela Administração, como no artigo 48:

Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante:

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;

II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;

III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A.

Os meios eletrônicos a que faz referência o mencionado dispositivo significa, principalmente, a *internet*, que é o instrumento mais efetivo de divulgação de informações e o método apto a fortalecer os laços entre a Administração Pública e os cidadãos (MENDES, 2009, 354-355).

Além da conduta ativa, exige-se que o Poder Público recepção e responda adequadamente aos pedidos de informação protocolizados por qualquer pessoa. A base legal a este comportamento, que se ampara no direito de petição (art. 5º, XXXIV da CRFB/88), está contida na LAI:

Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:

I - orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada;

II - informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos;

III - informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado;

IV - informação primária, íntegra, autêntica e atualizada;

V - informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços;

VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e

VII - informação relativa:

a) à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos;

b) ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores.

A par dos dois instrumentos legais citados (LRF e LAI), existem outras fontes normativas que impõem deveres da mesma natureza. Não obstante, há inegável

negligência estatal em relação à efetivação do dever de transparência, o que reclama a adoção de medidas administrativas tendentes a obrigar o Poder Público ao cumprimento pleno da legislação, providência que, como mencionado, é condicionante à eficácia substancial do direito ao desenvolvimento.

Nesse sentido, o Ministério da Justiça coordenou a instituição de uma Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA, que dentre as ações desenvolvidas incluiu a atuação voltada à efetivação da transparência pública.

A ENCCLA é composta por mais de 60 órgãos, dentre os quais se incluem os três Poderes da República e os Ministérios Públicos. Em 2015, ela estabeleceu 15 ações, sendo apenas a de n.º 4 pertinente ao objeto da presente pesquisa, com o seguinte teor:

Ação 4: Estabelecer estratégia articulada de fomento, monitoramento e cobrança do cumprimento da Lei nº 12.527/2011, em relação à transparência ativa e passiva (BRASIL, 2015a).

O órgão de coordenação da ação n.º 4 é a Controladoria Geral da União – CGU – e as ações de cobrança de efetivação da legislação ficaram a cargo dos Ministérios Públicos. Ao *Parquet* Federal coube a fiscalização da transparência realizada pelo Poder Executivo dos Municípios brasileiros, ao passo que ao *Parquet* Estadual coube a mesma ação em relação ao Poder Legislativo dos Municípios.

Após fiscalizações iniciais foram elaborados *rankings* de transparência. Para isso foi criada uma pontuação para cada item da legislação atendido pelo Poder Executivo ou Legislativo de cada Município (SÃO PAULO, 2015) (BRASIL, 2015).

Além de fomentar a disputa entre os Municípios e obter por via indireta o pleno respeito às determinações legais atinentes à transparência ativa e passiva, os Ministérios Públicos cobraram a implantação das disposições legais sob pena da adoção de medidas judiciais voltadas à imposição de obrigações de fazer, bem como de punição dos gestores responsáveis.

As providências relacionadas à transparência ativa incluem a divulgação de dados relacionados às despesas, receitas, licitações, contratos administrativos e relatórios. Elas têm por base: a LRF, a LAI, o Decreto n.º 7.185/10, a Lei n.º 8.666/93, dentre outros.

Já as medidas atinentes à transparência passiva incluem a criação e a manutenção de sistemas de informação aos cidadãos, tanto de forma presencial como eletrônica. A principal base normativa destas medidas está na LAI.

A par das medidas de transparência ativa e passiva, claramente fundada em diplomas legais, as fiscalizações encartadas pelos Ministérios Públicos têm cobrado providências extraordinárias, chamadas de “boas práticas de transparência” (SÃO PAULO, 2015a). Dentre elas constata-se a exigência de divulgação da remuneração individualizada de cada agente público, o que se faz a partir de interpretação analógica do § 3º do art. 7º do Dec. n.º 7.724/12 e de decisão do Supremo Tribunal Federal

(BRASIL, 2016).

Sem adentrar à discussão sobre a constitucionalidade de exigências que não estejam fundadas em bases legais claras, realmente não é possível reduzir a transparência às exigências impostas pela legislação. A sociedade pós-moderna exige uma ação pública diferente de outrora. É por isso que a comunicação deve ser constante entre governantes e governados, haja vista a nova era que se instaura.

Novamente o recurso da exemplificação se mostra útil ao estudo. As isenções tributárias são fartamente apresentadas como a solução para inúmeros problemas, tanto de ordem pública e privada. No entanto, pouco se discute sobre os impactos orçamentários que ela ocasiona e as consequências decorrentes da redução na arrecadação.

Nesse contexto é fundamental que a sociedade seja devidamente esclarecida sobre os efeitos da concessão de uma isenção tributária. São inúmeros os projetos de leis que tramitam pelas Casas Legislativas brasileiras com o propósito de isentar contribuintes de toda ordem de tributos. Contudo, cada uma delas gera: a redução na arrecadação do respectivo ente federativo, o que compromete, direta ou indiretamente, a manutenção dos serviços públicos; ou a majoração de tributos diversos, para que alguns contribuintes paguem pela isenção concedida a outros.

Assuntos da maior relevância têm de ser apresentados à sociedade e amplamente discutidos. As audiências públicas, nesse contexto, são mecanismos fundamentais à transparência, embora ainda sejam pouco utilizadas em toda a extensão do território nacional.

No mesmo sentido, a tecnologia deve estar a serviço do Poder Público na missão de tornar os cidadãos como partes ativas no processo de desenvolvimento do Estado. O hialino liame entre transparência e desenvolvimento pode ser vislumbrado mediante a análise do projeto vencedor do “Desafio Impacto Social 2016”, promovido pelo Google. Trata-se de um aplicativo chamado “Transparência Brasil”, que “monitora a construção de escolas e garante a responsabilidade governamental sobre elas” (GOOGLE, 2016). O que ele viabiliza, na prática, é que qualquer pessoa possa acompanhar os detalhes do processo de construção de uma escola pública. Note-se que a análise e a fiscalização da sociedade em cada etapa da licitação e do contrato administrativo em relação às escolas, por meio do aplicativo em comento, forçará o desenvolvimento social, porque representará um óbice a todo aquele que pretenda proceder de modo ilegal ou imoral em relação à gestão pública daquele setor.

A preocupação em cumprir a legislação brasileira sobre transparência não deve ter por finalidade apenas evitar a condenação por improbidade administrativa. A transparência dos dados públicos é um dever dos governantes, que devem dar o bom exemplo à sociedade, cumprindo fielmente todas as normas do ordenamento jurídico brasileiro e buscando, além disso, fomentar a gestão participativa.

A disponibilização dos dados públicos em portais de transparência demonstra o respeito que os entes federativos em geral têm em relação à sociedade. A *res publica*

demanda a publicidade ampla dos atos praticados pelos gestores, já que todos tem o direito de conhecer a forma por meio da qual o patrimônio público é administrado.

5 | CONCLUSÕES

1. A sociedade industrial, compatível com a sociedade da era do *hardware* (de Bauman), evoluiu para uma sociedade pós-industrial, compatível com a sociedade da era do *software* (segundo o mesmo autor), notadamente em funções de novas formas de tecnologia e informação;
2. As exigências da sociedade pós-moderna demandam a adoção de novas formas de gestão da *res publica*, de modo que ela possa participar ativamente na forma de condução do Estado;
3. As gerações (ou dimensões) de direitos evoluem de acordo com as necessidades da sociedade, extraindo-se da terceira o direito ao desenvolvimento, que está amparado no princípio da solidariedade;
4. O desenvolvimento, abordado como direito dos povos, tem origem na carta encíclica *Populorum Progressio*, que foi publicada em 1967 por Paulo VI e versava pontualmente sobre o desenvolvimento dos povos;
5. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, conforme previsto na Resolução n.º 41/128 das Nações Unidas, bem como reafirmado na Conferência de Viena sobre os Direitos Humanos;
6. A participação popular é um fator inerente ao processo de desenvolvimento e está explicitamente prevista, nesta condição, na Resolução n.º 41/128 das Nações Unidas (art. 8º, § 2º);
7. A transparência e o *accountability* são instrumentos indispensáveis à participação popular voltada à efetividade do direito ao desenvolvimento;
8. A transparência ainda está amparada no princípio fundamental da publicidade, e também contribui à eficácia substancial do direito à informação;
9. O Brasil conta com uma vasta legislação que impõe deveres de transparência ao Poder Público, dentre os quais se destaca a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar n.º 101/00) e a Lei de Acesso à Informação – LAI (Lei n.º 12.527/11);
10. A transparência implica comportamentos ativos e passivos da Administração Pública, ou seja, há dados que ela deve prontamente disponibilizar aos cidadãos por meio de portais de transparência, e, além disso, deve criar mecanismos para recepcionar pedidos de informações, tanto de forma presencial como eletrônica;
11. A transparência também implica comportamentos não explicitamente exigidos pela legislação, mas que decorram de políticas que tenham implicações à sociedade, como a criação de isenções tributárias;
12. A preocupação dos governantes com a transparência não deve estar adstrita

à legislação, à medida que se trata de um relevante instrumento à eficácia material do direito ao desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano:** e sua proteção na Constituição Federal de 1988.. São Paulo: Método, 2004

ALVES, José Augusto Lindgren. Direitos humanos: o significado político da conferência de Viena. **Lua Nova**, São Paulo, n. 32, p. 170-180, Apr. 1994. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000100009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 02 Jun. 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. **Estratégia nacional de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro (ENCCLA): ações 2015**. 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protectao/lavagem-de-dinheiro/enccla/acoes-enccla/acoes-da-enccla>>. Acesso em: 01 Jun. 2016

_____. Ministério Público Federal. **9/12: ranking do MPF classifica municípios e estados pelo nível de transparência**. 2015. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/9-12-ranking-do-mpf-classifica-municipios-e-estados-pelo-nivel-de-transparencia-das-informacoes-publicas>>. Acesso em: 02 Jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo n.º 652777/SP – São Paulo**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 03 junho 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 03 Jun. 2016.

FEATHERSTONE, Mike. **Cultura de consumo e pós-modernismo**. Tradução: Julio Assis Simões São Paulo: Studio Nobel, 1995.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GOOGLE. **Desafio de impacto social 2016: 10 ideias para mudar o Brasil**. Disponível em: <<https://desafiosocial.withgoogle.com/brazil2016>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

IGREJA CATÓLICA. Papa (1963-1978: Paulo VI). **Carta encíclica Populorum Progressio**: sobre o desenvolvimento dos povos. Roma: Libreria Editrice Vaticana, 1967. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/paul-vi/pt/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum.html>. Acesso em: 2 jun. 2016.

_____. Papa (2005-2013: Bento XVI). **Carta encíclica Caritas in Veritate**: sobre o desenvolvimento humano integral na caridade e na verdade. Roma: Libreria Editrice Vaticana, 2009. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html>. Acesso em: 2 jun. 2016.

MARTINELLI, Adriano Justi. O direito humano e fundamental ao desenvolvimento e o seu regime jurídico. In: Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, vol. 4, n. 7, p. 401-438 Jul.-Dez. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Capítulo IX: Da Transparência, Controle e Fiscalização. In: MARTINS, Ives Sandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Orgs.). **Comentários à lei de responsabilidade fiscal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NWAUCHE, E. S.; NWOBIKE, J. C. Implementação do direito ao desenvolvimento. Tradução: Francis Aubert. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, ano 2, n.º 2, p. 96-117, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaration on the Right to Development**. A/RES/41/128, de 4 de dezembro de 1986. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r128.htm>>. Acesso em 28 Mai. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório do Alto Comissariado. **Vienna Declaration and Programme of Action**. Viena, 25 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>>. Acesso em 28 Mai. 2016.

PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. Direito ao desenvolvimento como direito fundamental. In: **XVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2011

PEREIRA, Antonio Celso Alves. “O direito ao desenvolvimento no contexto dos direitos humanos”. In: **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, Janeiro/Março 1992, nº 77/78.

PIOVESAN, Flávia. **Direito humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SÃO PAULO. Ministério Público do Estado. **MP-SP realiza levantamento pioneiro sobre transparência em Câmaras Municipais**. 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id_noticia=14304980&id_grupo=118>. Acesso em: 02 Jun. 2016.

SÃO PAULO. Ministério Público do Estado. **Instrumento de avaliação de transparência desenvolvido pela Enccla**. 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2577007.PDF>. Acesso em: 02 Jun. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

A ACESSIBILIDADE EM PROVEITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA VISUAL FRENTE À PROATIVIDADE INFORMACIONAL DO ESTADO: DO STANDARD INTERNACIONAL À NORMATIVIDADE BRASILEIRA E COLOMBIANA

Guilherme Pittaluga Hoffmeister

Universidade Federal de Santa Maria
Santa Maria, Rio Grande do Sul

Leonardo Fontana Trevisan

Universidade Federal de Santa Maria
Santa Maria, Rio Grande do Sul

Natália Flores Dalla Pozza

Universidade Federal de Santa Maria
Santa Maria, Rio Grande do Sul

digital, ao mesmo tempo em que há uma carência de atenção no que diz respeito aos princípios regentes do direito à informação pública – máxima abertura e facilitação dos procedimentos. Diante disso, o presente trabalho objetiva verificar se as disposições normativas internas, no Brasil (Modelo de Acessibilidade em Governo Eletrônico) e na Colômbia (Norma Técnica 5854), estão em consonância com os *standards* internacionais sobre a temática (Diretrizes de Acessibilidade para Conteúdo Web), e se é possível verificar uma harmonização sobre o tema nos países estudados. Para tanto, o método de abordagem empregado é o dedutivo, com a proceduralidade comparativa e tipológica, e com a técnica de pesquisa de análise documental e bibliográfica. Por fim, pode-se verificar uma efetiva harmonização entre os princípios que regem as normas brasileira e colombiana com o standard internacional.

PALAVRAS-CHAVE: acessibilidade; acesso à informação; proatividade informacional; standards.

ABSTRACT: The potential of the use of Information and Communication Technologies (ICT), especially the Internet, is perhaps the great lever of a true revolution in sociability patterns in the 21st century. In this new scenario, information often represents the key to inclusion

RESUMO: A potencialização do uso das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), em especial a internet, é talvez a grande alavancade uma verdadeira revolução nos padrões de sociabilidade no século XXI. Neste novo cenário, a informação representa, por muitas vezes, a chave para a inclusão e acesso a direitos, razão pela qual a sua disponibilização – que ganha destaque na internet - é matéria com especial relevo no campo jurídico. No que tange à divulgação voluntária das informações públicas pelas instituições estatais, nomeadamente transparência ativa, alguns entraves à sua consolidação se apresentam. Nomeadamente, a disponibilidade inteligível de conteúdos às pessoas com deficiência por meio das TIC é uma questão de destaque. Assim, paradoxalmente, observa-se a uma demanda exponencial de recursos de acessibilidade

and access to rights, which is why its availability - which is gaining prominence on the Internet - is a matter of special importance in the legal field. Regarding the voluntary disclosure of public information by state institutions, namely active transparency, some obstacles to its consolidation are presented. In particular, intelligible availability of content to people with disabilities through ICT is a key issue. Thus, paradoxically, there is an exponential demand for digital accessibility resources and a lack of attention to the regulative principles of the right to public information - maximum openness and facilitation of procedures. Therefore, the present work aims to verify if the internal normative dispositions, in Brazil (Electronic Accessibility Model) and in Colombia (Technical Standard 5854), are in line with the international standards on the subject (Web Content Accessibility Guidelines), and whether it is possible to see harmonization on the subject in the countries studied. To fulfill the objective the method of approach employed is the deductive, with the comparative and typological procedure, and with the research technique of documentary and bibliographic analysis. Finally, one can verify an effective harmonization between the principles that govern the Brazilian and Colombian standards with the international standard.

KEYWORDS: accesiblity; information access; proactive transparency; standards.

1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo – resultado de pesquisas realizadas junto ao Núcleo de Direito Informacional da Universidade Federal de Santa Maria (NUDI-UFSM) – visa apresentar algumas reflexões acerca da relação entre acessibilidade em proveito das pessoas com deficiência e visual e a proatividade informacional do Estado. Em um momento em que o acesso à informação representa um recurso que pode significar o acesso a outros direitos, a sua adequada disponibilização passa a ser uma matéria que merece especial atenção dos juristas. A muitas vezes observável carência na prestação informacional por meio da necessária proatividade do Estado representa um tolhimento de direitos para toda a sociedade, em especial às pessoas com deficiência.

No contexto em que a prestação informacional se dá de forma destacada por meios das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), em especial a internet, e por meio de textos escritos, as pessoas com deficiência visual são especialmente discriminadas. Essa revolução na sociabilidade, em que as TIC assumem uma importância ímpar, impacta e rompe com uma estrutura na qual apenas o Estado era o grande responsável pela criação normativa.

A partir dessas considerações, o presente trabalho objetiva a verificar as disposições normativas internas, no Brasil (Modelo de Acessibilidade em Governo Eletrônico) e na Colômbia (Norma Técnica 5854), estão em consonância com os standards internacionais sobre a temática (Diretrizes de Acessibilidade para Conteúdo Web). Para cumprir o objetivo, o método de abordagem empregado é o dedutivo,

com a proceduralidade comparativa e tipológica, e com a técnica de pesquisa de análise documental e bibliográfica.

Assim, a fim de verificar se a harmonização das disposições normativas compõe fundamental elemento na consolidação da proatividade informacional do Estado em face das pessoas com deficiência visual, dividiu-se o trabalho em três partes. Primeiramente, far-se-á uma reflexão acerca da intersecção entre a acessibilidade e o acesso à informação para as pessoas com deficiência visual. Em seguida, se tratará da temática dos standards, para demonstrar a pluralidade de fontes que se apresenta hodiernamente, com especial atenção às Diretrizes de Acessibilidade para Conteúdo Web. Finalmente, verificar-se-á a questão da relevância da harmonização da Norma Técnica 5854 e do Modelo de Acessibilidade em Governo Eletrônico com as Diretrizes de Acessibilidade para Conteúdo Web para a proatividade informacional do estado.

2 | INTERSECCIONANDO DIREITOS FUNDAMENTAIS: O ACESSO À INFORMAÇÃO PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA VISUAL

O presente artigo tem como eixo central a temática da acessibilidade, um princípio basilar quando se aborda o tema das pessoas com deficiência. Dentro desse espectro, este princípio é entendido como um elemento valorativo que minimiza as limitações das pessoas com deficiência (LOPES, 2002). Sua imprescindibilidade está assentada no fato de que, sem acessibilidade, não existe o pleno gozo dos direitos humanos, nem o exercício das liberdades fundamentais das pessoas com deficiência, configurando-se, então, como o princípio que orienta a remoção das barreiras de todo gênero para com essas pessoas.

A partir dessa perspectiva, observa-se que a acessibilidade, além de embasar a remoção de barreiras, ratifica a garantia de que não sejam erguidas novas. Isso porque, ao propiciar um novo olhar para o fim de ressignificar e redesenhar os espaços e ações existentes, também conduz para o dever e o direito de incorporação da acessibilidade em todos os aspectos da vida. Dentre estes aspectos, ressalva-se a vida em sociedade.

Ao abordar a vida em sociedade, uma das questões elementares é a dimensão cidadã de sua existência. Entretanto, para que as pessoas com deficiência possam exercer com plenitude sua cidadania, deve-se analisar de que forma os mecanismos de participação na sociedade estão adequados à promoção de direitos humanos, considerando, conforme o exposto acima, um elemento basilar para tanto, que é a acessibilidade. Conforme destaca Basterra (2009), “não existe requisito mais atual e importante para conseguir a credibilidade democrática que um poder estatal responsável e permeável ao exame dos cidadãos”.

Ocorre que, para que seja possível a participação na vida em sociedade e um efetivo exame do poder estatal, é imprescindível a existência de mecanismos de acesso

à informação pública. Acerca do tema, Mendel destaca, em um de seus estudos, que existem diversos mecanismos de participação dos indivíduos na sociedade, como eleições diretas e regulares e instrumentos que possibilitam que a sociedade comente, por exemplo, sobre anteprojetos de leis e de políticas públicas. Informa o autor, no entanto, que essa participação só ocorrerá de forma efetiva se estiver associada ao acesso à informação (MENDEL, 2009).

Ainda, o acesso à informação pública pode ser entendido como um caminho para o empoderamento do sujeito a fim de assegurar o acesso de outros direitos fundamentais. Este direito, além de ampliar as formas de regulação da governabilidade do Estado e as formas de participação social e política, propulsiona a qualidade com que essa participação se dá. Isso porque estando melhor preparado para a participação no debate que ocorre na esfera política, o indivíduo possui a prerrogativa de eleger de forma mais fundamentada as prioridades elencadas para si e sua classe, algo essencial quando se está a tratar de pessoas com singularidades diversas, como as pessoas com deficiência (SILVA, 2014).

Demonstrada a essencialidade do acesso à informação para a inclusão das pessoas na sociedade e para sua efetiva localização na esfera cidadã, deve-se observar que, ao tratar de pessoas com deficiência, existem ainda mais barreiras a serem superadas. A deficiência visual, em especial, institui inúmeras restrições, como a de locomoção e a de noção espacial quando além de seu campo tátil. Ainda assim, talvez a mais grave seja a que decorre do contato e entendimento de documentos de comunicação quando estão em forma escrita, os quais, realça-se, são utilizados pela grande maioria da população. (Maia *et. al*, 2011)

Além deste meio ser o adotado pela ampla maioria das pessoas para o fim da comunicação, também é o prioritariamente utilizado pela administração pública para ter contato com os cidadãos. Entretanto, destaca Limberger que

Considerando a veiculação existente na rede informática, tem-se que não é qualquer comunicação que significa informação, mas somente aquela que contribui para a formação cultural da cidadania, ou seja, aquela conectada com os princípios e valores constitucionais. Neste contexto, a informação pública disponibilizada em rede, acessada e compreendida adequadamente, serve à instrumentalização dos valores democráticos. (LIMBERGER, 2016)

O conceito de acessibilidade na web possui diversas definições, referindo-se, boa parte destas, à necessidade de remoção de barreiras e à flexibilização dos ambientes informacionais. Henry (2006) a define em um de seus estudos como o elemento que permite que as pessoas com deficiência percebam, entendam, naveguem e interajam na Web. Já Bergman e Johnson (1995) afirmam que promover acessibilidade significa retirar deste ambiente as barreiras que impedem as pessoas com deficiência de participar de atividades substanciais.

A partir dessas reflexões, resta inegável a íntima relação que se estabelece entre o acesso à informação e a participação das pessoas com deficiência na esfera cidadã.

Assim, a fim de demonstrar a pertinência da questão, passa-se a analisar diretivas desenvolvidas para orientar os sítios eletrônicos acerca da promoção da acessibilidade no meio digital. Atualmente, conta-se com uma diversidade de documentos que traçam diretivas para a acessibilidade na web, o que, ao transparecer uma preocupação e maior mobilização com a questão da acessibilidade, suscita a necessidade de averiguar a uniformização e a harmonização de regras.

Dentre as inúmeras recomendações encontradas, uma se destaca devido ao seu alto grau de utilização como base para documentos de diversos países, nominada Diretrizes de Acessibilidade para Conteúdo Web (WCAG, 2008), desenvolvida pelo Word Wide Web Consortium (W3C). Conforme informações apresentadas no site da W3C, este documento explica de que forma os conteúdos veiculados em páginas da internet podem tornar-se mais acessíveis para pessoas com deficiência. Os países que são objetos deste estudo, Brasil e Colômbia, são exemplos de nações que adotaram as Diretrizes de Acessibilidade para Conteúdo Web como Norte de suas referências técnicas neste assunto, sendo o correspondente no Brasil o Modelo de Acessibilidade em Governo Eletrônico (BRASIL, 2011), e na Colômbia a Norma Técnica 5854 (ICONTEC, 2011).

3 | OS STANDARDS: A DERROCADA DO ESTADO COMO *TANTUM FONS IURIS* E AS DIRETRIZES DE ACESSIBILIDADE PARA CONTEÚDO WEB

O advento da modernidade compreende a gênese do cientificismo jurídico, cujo supedâneo é a estipulação de uma metodologia que tem em seu cerne a abstração do Direito em face da axiologia. Nesse diapasão, o positivismo jurídico, exponenciado em Kelsen, aloca as normas jurídicas, prescrições às condutas humanas, consubstanciadas em um plano metafísico, no patamar de objeto jurídico. (KELSEN, 1998)

Não obstante, carecia-se de um pressuposto lógico-formal, apto à validação da metodologia da Ciência do Direito. A resposta a essa atribulação é a apriorística Norma Fundamental. Assevera Kelsen (1998, p. 143) que

norma fundamental é a condição sob a qual o sentido subjetivo do ato constituinte e o sentido subjetivo dos atos postos de acordo com a Constituição podem ser pensados como o seu sentido objetivo, como normas válidas.

A supramencionada norma tem como corolário a unidade do ordenamento jurídico, residindo em si a perspectiva monista do Direito. As normas jurídicas, que sob a ótica do silogismo presumem o amparo de normas hierarquicamente superiores (até que não se consiga exprimir uma norma positiva, auferindo-se a Norma Fundamental), projetadas em um ordenamento piramidal contínuo, apenas são válidas se emanadas do Estado (KELSEN, 1998, p. 163)

Assim como a comunidade jurídica apenas consiste na ordem jurídica, assim a

proposição que afirma que uma norma pertence a uma ordem jurídica porque foi criada por um órgão da respectiva comunidade jurídica nada mais diz que a afirmação segundo a qual uma norma pertence a uma ordem jurídica porque foi criada de conformidade com a determinação de uma norma desta ordem jurídica e, em última linha, de conformidade com a determinação da norma fundamental desta ordem jurídica. Esta consideração das coisas é de particular importância quando se trata de uma ordem jurídica estadual e a comunidade jurídica em vista é, portanto, o Estado; quando importa compreender o verdadeiro sentido da afirmação corrente de que é o Estado que cria o Direito. (KELSEN, 1998, p. 163)

O paradigma de produção normativa estatal, todavia, não encontra respaldo hodiernamente, o que, invariavelmente, conduz a uma normatividade extrajurídica. Segundo Delmas-Marty (2004, p. 46), o espaço normativo outrora adstrito ao Estado, o tempo normativo pautado pela duração e a ordem normativa com primazia na lei cedem ocasião a “desestatização”, “desestabilização” e “deslegalização” do panorama normativo. Imbricado à suprarreferida “desestatização” da geração das normas, verificam-se os ascendentes fenômenos da internacionalização, descentralização e privatização das fontes normativas, regularmente percebidos em concomitância. Paulatinamente, os órgãos geracionais das normas se transformam em intergovernamentais ou supranacionais, regionais ou universais; a produção normativa, que anteriormente era canalizada nos esforços de um único ente, dissipase, coexistindo inumeráveis instituições a seu cargo, de sorte que não constituem instâncias governamentais, mas entidades privadas.

O Estado, na qualidade de *tantum fons iuris* – fonte única do Direito -, perece à medida que surgem novas conjunturas desvalidas de regulação pelo Direito, sobretudo no contexto da sociedade em rede, potencializando a heterogeneidade de conteúdos normativos. Diagnóstica-se a ruína da utopia jurídica do dogma da completude, ao passo que os ordenamentos jurídicos dos Estados não abarcam respostas céleres e idôneas aos fatos desregulamentados, olvidados da guarda do Direito. Destarte, as pirâmides arquitetadas por Kelsen, emblemáticas dos compêndios hierarquizados de normas, revelam-se defasadas. Sobrelevam-se as hierarquias descontínuas em detrimento da continuidade e linearidade intrínsecas ao ordenamento jurídico piramidal. Convenha-se subverter a pirâmide clássica em pirâmides inacabadas e anéis estranhos (DELMAS-MARTY, 2004, p. 85-88), o que, segundo Saldanha, Mello e Limberger (2016, p. 340), traz à tona uma “dimensão transnacional e transnacional”.

Atores emergentes, distintos dos tradicionais-estatais, reivindicam a responsabilidade pela produção das normas insurgentes, versáteis em seu teor, acarretando uma multiplicidade de fontes do Direito. Conseqüária à pluralidade de mananciais normativos, erigem-se os ONNI – Objetos Normativos Não-Identificados. Categoriza Frydman (2004, p. 5) que os Objetos Normativos Não-Identificados

incluem o impensado da teoria da lei tradicional, mas também pensamentos, discursos e as práticas políticas e sociais que continuam a trazer à tona a lei, regras legais, justiça e direitos (tradução nossa).

Os Objetos Normativos Não-Identificados se classificam entre indicadores (normas de gestão) e *standards* (normas técnicas). A fim de não exceder o escopo do tema delimitado a esta pesquisa, abster-se-á do discorrimento acerca dos indicadores, enfatizando-se os *standards*.

Os *standards*, de acordo com Delmas-Marty (2004, p. 124), revelam o vértice convergente entre o tecnicamente precisado e o socialmente plausível, asseverando que “a normatização se tornou um campo no qual organismos de estatuto privado são competentes para definir as normas e os padrões técnicos aplicáveis a diversos produtos”. Acresce-se ainda que os *standards* advêm do conhecimento técnico dos experts no setor a despontar como objeto normativo, diferindo-se das normas jurídicas, cujo processo criativo, incumbido a instituições públicas investidas da competência de legislar, obedece a procedimentos autorregulamentados pelo Direito (SALDANHA; MELLO; LIMBERGER, 2016, p. 347). Frydman (2004) confere a “desestatização” e privatização da normatividade, que sistematicamente acarretam normas mais facultativas e menos imperativas, a negligência do Direito frente aos *standards* – mero apêndice jurídico. Os *standards*, no entanto, coabitam a existência social, fazendo-se presentes em todos os âmbitos da vida humana. O surgimento dos Objetos Normativos Não-Identificados, apesar de um aparente descrédito que o Direito parece ainda alimentar em relação aos *standards*, é fator suscitante da internormatividade e do hibridismo normativo. Os *standards* e as normas jurídicas clássicas concorrem e interpenetram-se, alterando-se, influenciando-se e adequando-se mutuamente.

Nesse cenário constam as Diretrizes de Acessibilidade para Conteúdo Web, *standard* referente a uma arquitetura hipermediática programada de forma amplamente acessível às pessoas com deficiência. No polo adverso, tem-se a Norma Técnica 5854 da Colômbia e o Modelo de Acessibilidade em Governo Eletrônico, genuinamente brasileiro.

Questiona-se, a fim de promover um mínimo comum de acessibilidade na web, sobretudo às pessoas com deficiência visual, de maneira a consolidar a proatividade informacional do Estado: é possível verificar uma harmonização entre as normas jurídicas colombiana e brasileira, concernentes a acessibilidade na internet e o *standard* internacional?

4 I DA HARMONIZAÇÃO DA NORMA TÉCNICA 5854 E DO E-MAG COM O WCAG: A RELEVÂNCIA PARA A PROATIVIDADE INFORMACIONAL DO ESTADO

As Diretrizes de Acessibilidade para Conteúdo Web revelam-se como baluarte normativo na tutela do direito ao desenvolvimento hipermediático cibernetico inclusivo das pessoas com deficiência, defronte as barreiras ciberespaciais, configurando *standard* internacional acerca do direito de acessibilidade no ciberespaço.

A existência de uma norma paradigmática na esfera global não obsta, todavia, o condão dos Estados de autorregulamentar as orientações e recursos disponíveis à apreciação da inclusão digital das pessoas com deficiência, otimizando-se a expansividade, inteligibilidade, comunicabilidade e interoperabilidade dos componentes e funcionalidades da Web. Ademais, a acessibilidade, enquanto direito fundamental das pessoas com deficiência, atua como condição *sine qua non* ao exercício de outros direitos. Entre eles, consta o acesso à informação pública, no formato da proatividade informatacional do Estado, premissa para uma cultura de transparência estatal, embrião de uma série de outros direitos.

Analisa-se, portanto, a harmonização das normas nacionais, Norma Técnica 5854 e Modelo de Acessibilidade em Governo Eletrônico, com o standard internacional, quais sejam, as Diretrizes de Acessibilidade para Conteúdo Web, para verificar se há uma padronização de acessibilidade na rede de hipermídias (Web), quando pensado o direito de acesso à informação voltado às pessoas com deficiências visuais.

Para tanto, analisam-se os princípios regentes do standard (perceptível, operável, compreensível e robusto) e os decorrentes instrumentos para sua concretização, observando a coadunação das normas colombiana e brasileira e os efeitos produzidos em cotejo ao acesso à informação pública. Salienta-se que a Norma Técnica 5854 tem como Norte quatro princípios, homônimos e sinônimos aos das diretrizes globais: *perceptible*, *operable*, *comprehensible*, robusto, enquanto o Modelo de Acessibilidade em Governo Eletrônico introduz seis seções: marcação, comportamento, conteúdo/informação, apresentação/design, multimídia e formulário.

O princípio “perceptível” determina que os usuários devam perceber as informações e os componentes da interface do sítio eletrônico; o operável tange a operacionalidade da interface, medida pela infalibilidade de navegação; o compreensível condiz ao teor e a interface inteligíveis do site; o robusto preceitua que o conteúdo enseje interpretação fidedigna do usuário com deficiência, a partir da correta adequação do website às recomendações de acessibilidade, através de qualquer dispositivo e do uso de TICs assistivas. Os princípios da Norma Técnica 5854 apresentam idêntica nomenclatura e definição aos antepostos, relativos ao standard internacional.

O Modelo de Acessibilidade em Governo Eletrônico, por outro lado, apresenta dessemelhanças no tocante a principiologia. As suas seções, contudo, compreendem os princípios e determinações que guiam as Diretrizes de Acessibilidade para Conteúdo Web. O primeiro princípio ao qual está alicerçado é a marcação, relacionado à linguagem constitutiva da camada conteudista; o comportamento reflete o dinamismo do sítio eletrônico, denotando a resposta aos comandos do usuário; o conteúdo/informação disserta acerca da lucidez com as quais as mídias (textuais e paratextuais) estão disponíveis ao utilizador; a apresentação/design baliza os elementos imagéticos; a multimídia aponta as diretrizes à inserção de elementos paratextuais, como imagens e vídeos, ao website; o formulário alude às seções voltadas ao preenchimento de dados. Depreende-se, dessa forma, que tanto o standard internacional, quanto as normativas

internas do Brasil e Colômbia prestigiam os elementos morfossintáticos e semânticos dos sítios eletrônicos, trespassando fatores estéticos, linguísticos, estruturais e técnicos, inerentes aos códigos programáticos aplicados no desenvolvimento.

Nesse contexto, é factível vislumbrar uma harmonização dos requisitos principiológicos da Norma Técnica 5854 e do Modelo de Acessibilidade em Governo Eletrônico com as Diretrizes de Acessibilidade para Conteúdo Web. O quadro a seguir elucida os pontos convergentes entre as três normativas:

Norma Técnica 5854	WCAG	e-MAG	WCAG
Perceptible	Perceptível	Marcação	Perceptível, operável e robusto
Operable	Operável	Comportamento	Operável e perceptível
Comprehensible	Compreensível	Conteúdo/informação	Compreensível
Robusto	Robusto	Apresentação/design	Perceptível
		Multimídia	Perceptível
		Formulário	Robusto e perceptível

Quadro 1 – Adequação Principiológica da Norma Técnica 5854 e do e-MAG ao WCAG

Fonte: Análise comparativa das normativas em estudo.

Portanto, uma vez atestada a harmonização entre os princípios dirigentes do standard internacional sobre acessibilidade na web e as correspondentes normas vigorantes no Brasil e na Colômbia, sucede-se a análise da relevância de normas preconizantes do desenvolvimento de sítios eletrônicos ao acesso à informação pública. Para tanto, verificar-se-á o formato da proatividade informacional do Estado e ao levantamento de recomendações-chave para o seu êxito, constantes nas três normas investigadas, com ênfase nas pessoas com deficiência visual. Doravante, utilizam-se como parâmetros os princípios arrolados nas Diretrizes de Acessibilidade para Conteúdo Web.

Nesse sentido, o princípio perceptível se revela impreterível. Ao usuário do sítio eletrônico com deficiência visual, a percepção, condicionada a um acesso sem monitor, vincula-se sobremaneira a audição. À vista disso, quatro pontos se destacam: 1) os conteúdos meramente visuais (textuais e paratextuais) devem apresentar alternativa audiodescritiva; 2) os níveis de contraste e as palhetas de cores exprimem efetiva preocupação na primazia pela distinção dos conteúdos, contemplando as deficiências visuais temporárias, parciais e a discromopsia (embora a cromática não possa constituir critério único de diferenciação entre os objetos); 3) as fontes devem ser redimensionáveis; e 4) os planos primários e secundários (auditivos) devem ser distinguíveis. Os instrumentos acima consolidam a percepção da pessoa com deficiência visual numa conjuntura informacional em que os Estados divulgam

espontaneamente volumes copiosos de documentos, das mais variáveis naturezas e extensões, contendo estatísticas e caracteres textuais e imagéticos.

O princípio operável despende, igualmente, relevância ao acesso à informação pelas pessoas com deficiência visual. Dispõe que o interregno em que as informações permanecem à disposição do usuário durante o acesso a página eletrônica é ajustável, revelando consternação com os impedimentos temporais que poderiam empecilhar o acesso à informação; a localização dos itens no sítio eletrônicos deve ser fácil, potencializando a naveabilidade. Esse panorama permite ao usuário acessar com precisão a informação que lhe é satisfatória.

Outrossim, o princípio comprehensível abrange aspectos linguístico-comunicativos, a exemplo da preleção por um idioma, audiodescrição de abreviaturas, amostra de pronúncia, ajudas contextualizadas e assistência na inserção de dados – fulcral nos Serviços de Informação ao Cidadão. A comprehensão é o elemento teleológico da acessibilidade, impulsionada pela perceptibilidade e operacionalidade. À pessoa com deficiência visual, compreender adequadamente as informações divulgadas nos sítios eletrônicos estatais permite a superveniência de uma análise informacional condizente com seus interesses civis; que satisfaça a participação popular e o controle social; que corrobore com o direito à transparência dos Estados e o fortalecimento dos microprocessos democráticos; que, sobretudo, contribua para a garantia de direitos fundamentais.

O princípio robusto, enfim, favorece a compatibilização dos websites às TICs e aos agentes usufruídos na navegação dos usuários (navegadores, por exemplo), desnudando-se de sua relevância em face das pessoas com deficiência visual que utilizam tecnologias assistivas, como leitores de tela e displays em braile.

À guisa de conclusão, comporta afirmar que os quatro princípios aludidos e os seus equivalentes nas normativas brasileira e colombiana sobre acessibilidade na Web desempenham papel precípua na consolidação de dois princípios canônicos das legislações de acesso à informação das respectivas nacionalidades: o princípio da máxima divulgação, uma equação em que todos os organismos estatais tem a obrigação de publicar as informações sob sua posse, salvaguardadas taxativas exceções e todos os cidadãos devem ter acesso às informações que lhe são devidas por direito; e o princípio da facilitação, no qual o Estado certificará procedimentos facilitadores ao gozo da informação pública.

5 | CONCLUSÃO

A acessibilidade é compreendida como minimizadora e excludente das barreiras impostas às pessoas com deficiência visual. O exercício pleno dos direitos fundamentais é produto de práticas de acessibilidade, de modo que a acepção jurídica que tutela as pessoas com deficiência sobressai à sua abstração e formalidade, materializando-se.

Dentre os direitos assegurados às pessoas com deficiência visual, destaca-se o direito de acesso à informação pública, o qual persegue a mesma lógica, a de coplanar os demais direitos fundamentais. Edifica-se, portanto, uma tríade, em que a acessibilidade, o acesso à informação e o vasto rol de direitos fundamentais amparam uns aos outros.

Para tutorar a acessibilidade na Web, o Brasil e a Colômbia desenvolveram normas que recomendam formas de derrubar as barreiras ciberespaciais, calcadas em um standard internacional sobre o tema. São elas a Norma Técnica 5854, na Colômbia e o Modelo de Acessibilidade em Governo Eletrônico, no Brasil. No cenário global, têm-se as Diretrizes de Acessibilidade para Conteúdo Web, uma extravagância ao campo do Direito.

Dessa forma, a partir da análise desenvolvida neste estudo, foi possível verificar que os princípios que regem as normas brasileiras e colombianas no que diz respeito à acessibilidade da web são harmônicos entre si, havendo diferenças apenas no campo lexical, as quais, entretanto, não operam disparidades substanciais entre as normas. Já em relação à adequação das normas frente aos standards internacionais, a avaliação também é positiva, uma vez que é notável o alinhamento das normas estudadas diante do internacionalmente recomendado. Por fim, atendendo-se aos princípios e principais diretrizes, pode-se inferir que a Norma Técnica 5854, o Modelo de Acessibilidade em Governo Eletrônico e as Diretrizes de Acessibilidade para Conteúdo Web compõe fundamental elemento na consolidação da proatividade informacional do Estado em face das pessoas com deficiência visual.

REFERÊNCIAS

- BASTERRA, Marcela. El derecho fundamental de acceso a la información pública en Argentina. **Revista Derecho Comparado de la Información**, v. 13. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerecholInformacion/numero/13/art/art1.htm>>. Acesso em: 10 set. 2017.
- BERGMAN, Eric; JOHNSON, Earl. Towards Accessible Human- Computer Interaction. In: **NIELSEN, Jakob (ed.). Advances in Human - Computer Interaction**. Norwood: Ablex Publishing Corporation, 1995.
- BRASIL. **Recomendações de Acessibilidade para Construção e Adaptação de Conteúdos do Governo Brasileiro na Internet**. Departamento de Governo Eletrônico. Versão 3.0. 2011. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/biblioteca/arquivos/e-mag-3.0/download>>. Acesso em: 15 set. 2017.
- MAIA, Maria Aniolly Queiroz; MAIA, Maria da Conceição Q.; ALVES, Márcia Valéria; MAIA, Samya Maria Queiroz Maia; DANTAS, Thiago Rodrigues; DE FREITAS NETA, Antônia. **CONGRESSO BRASILEIRO DE BIBLIOTECONOMIA, DOCUMENTAÇÃO E CIÊNCIA DA INFORMAÇÃO: Sistemas de Informação, Multiculturalidade e Inclusão Social**. 2011. Maceió (AL): UFRN. **Anais...**, Disponível em: <<https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/1/6250/1/626-2826-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.
- DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- FRYDMAN, Benoit. Prendre les standards et les indicateurs au sérieux. In: **Gouverner par les standards et les indicateurs: De Hume au rankings**. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2014. Disponível

em: <http://www.philodroit.be/IMG/pdf/working_paper2.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

HENRY, Shawn Lawton. **Essential Components of Web Accessibility**. W3C/WAI, 2006. Disponível em: <<https://www.w3.org/WAI/intro/accessibility>>. Acesso em: 15 set. 2017.

Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación. **NTC 5854**. Disponível em: <<https://tienda.icontec.org/producto/e-book-ntc5854-accesibilidad-a-paginas-web/?v=19d3326f3137>>. Acesso em: 15 set. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMBERGER, Têmis. **Cibertransparência - informação pública em rede -: a virtualidade e suas repercussões na realidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. **Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU, seu protocolo facultativo e a acessibilidade**. 2009. 229 p. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp107002.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

MENDEL, Toby. **El derecho a la información en América Latina**: Comparación Jurídica. Quito: Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura, 2009. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001832/183273s.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz; LIMBERGER, Têmis. Do governo por leis à governança por números: breve análise do Trade in Service Agreement (TISA). **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, 2016.

SILVA, Rosane Leal da. O uso das TIC como instrumentos para efetivar o direito fundamental de acesso à informação pública. In: **BARBOSA, Alexandre F. Pesquisa sobre o uso das tecnologias da informação e comunicação no setor público brasileiro: TIC governo eletrônico 2013**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2014. Disponível em: <http://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_eGOV_2013_LIVRO_ELETRONICO.pdf>. Acesso em: 7 set. 2017.

W3C. Web Content Accessibility Guidelines 2.0. 2008. Disponível em: <<http://www.w3.org/TR/WCAG20/>>. Acesso em: 15 set. 2017.

_____. **World Wide Web Consortium**. Disponível em: <<http://www.w3.org/>>. Acesso em: 15 set. 2017.

O USO DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO NO PROCESSO DE ENSINO E APRENDIZAGEM: A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE FRENTE À CAPTAÇÃO E DIVULGAÇÃO DE IMAGENS DE PACIENTES

Géssica Adriana Ehle

Universidade Federal de Santa Maria –
Pesquisadora do Núcleo de Direito Constitucional
Santa Maria - RS.

Daniela Richter

Professora Adjunta do Curso de Direito da
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)
Santa Maria – RS.

estudo, quer verificar se as condutas dos aspirantes e dos já consagrados profissionais da saúde respeitam o direito à imagem, que é inerente a cada um de seus pacientes, bem como, se o Código de ética médica vem sendo devidamente respeitado. Para o estudo, utilizou-se o método dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Imagem; Direitos da Personalidade; Surgimento da Internet; Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC).

ABSTRACT: This paper aims at discussing the rise of the Internet and the development of Information and Communication Technologies, the way society has been changing, with its citizens sharing their experiences in the network, concerning the violation of personal rights in relation to capturing and releasing images of patients. The importance of taking into consideration the personal rights, even in times of new technologies, is highlighted. Furthermore, it aims to understand the right to the image, as it is an important personal right, its limitations and how it can be experienced in this context. Thus, the way the images have been reproduced is analyzed since the individual's consent to capture the image is indispensable. This study also aims to verify whether the manners of health professionals respect the right to patients' images, which is inherent to

RESUMO: O presente trabalho versa sobre o surgimento da Internet e o desenvolvimento das Tecnologias da Infomação e Comunicação, sobre a maneira como a sociedade se transforma, passando a compartilhar suas experiências na Rede sob o enfoque da violação dos direitos da personalidade frente à captação e divulgação de imagens de pacientes. Para tanto, destaca-se a importância da observação dos direitos da personalidade mesmo em tempos de novas tecnologias. A partir de tal enfrentamento, busca-se compreender o direito à imagem, sendo um importante direito personalíssimo, sua limitação, de que modo pode ser vivenciado nesse contexto. Dessa forma, reflete-se de que modo as imagens vêm sendo reproduzidas, uma vez que para a captação o consentimento do indivíduo é imprescindível. Ainda, ao que pese aos ambientes hospitalares, sejam de aprendizagem, ou de prática médica, o presente

everyone, and whether the Code of Medical Ethics has been fully observed. In order to carry out this study, the deductive method was used.

KEYWORDS: Right to Image; Personality Rights; Rise of the Internet; Information and Communication Technologies (ICTs).

1 | INTRODUÇÃO

Como acessar de forma rápida, prática e pouco onerosa, as mais diversas informações? De que modo buscar conhecimento, sem precisar sair do lugar? Por meio de qual ferramenta expressar livremente opiniões e promover grandes debates fundados nelas? Qual a forma de se fazer valer direitos e exercer cidadania sem grandes esforços? Para todas as perguntas, a resposta é uma só: Por meio da Internet. É salutar a presença de tamanha tecnologia no cotidiano da sociedade, o quanto, a cada momento, surgem mais e mais adeptos à ideia de “compartilhar a vida na rede”. No entanto, à luz dos direitos e garantias fundamentais, bem como, dos chamados direitos de personalidade resguardados, sobretudo, no texto da Constituição Federal de 1988, é que algumas considerações merecem ser feitas.

O presente estudo quer verificar se as condutas dos aspirantes e dos já consagrados profissionais da saúde respeitam o direito à imagem, que é inerente a cada um de seus pacientes, bem como, se o Código de ética médica vem sendo devidamente respeitado.

Para tal desiderato, em um primeiro momento, configura-se a necessidade de investigar a respeito do modelo de sociedade que se estabelece com o avanço das chamadas Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), os avanços da sociedade informacional, a busca por uma sociedade do conhecimento já que as informações são cada vez mais necessárias e fluídas.

Desse modo, a seguir, faz-se necessário observar os direitos de personalidade, de que forma estão sendo resguardados, desde sua integração ao cenário normativo com a Declaração Universal dos Direito do Homem, aprovada pela ONU em 1948, (onde se estabeleceu os direitos à intimidade e à liberdade de expressão) bem como, com a posterior ratificação pela Carta Magna, que resguardou tais direitos, incorporando a eles o direito à honra, a imagem e a manifestação de pensamento. Analisar se estariam sendo, os direitos de personalidade, preservados, respeitados e fomentados, ao mesmo ritmo em que crescem as novas tecnologias.

A partir de então, verificado o resguardo constitucional feito aos direitos de personalidade, debruça-se sobre a averiguação de como a garantia de tais direitos está sendo efetivada, especialmente no que concerne à captura, uso e veiculação de imagens de pacientes dentro do ambiente hospitalar, seja por parte dos alunos, aspirantes ao cargo de profissionais da saúde, seja pelos professores, médicos já consagrados.

Dessa forma, para que se realize o enfrentamento de tais indagações, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo já que se parte de uma concepção geral sobre o assunto para uma análise específica do caso. Ao passo que o método de procedimento a que se fará uso será o método bibliográfico.

2 | A CONSOLIDAÇÃO DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO: DA SOCIEDADE INFORMACIONAL À SOCIEDADE DO CONHECIMENTO

Primeiramente, antes mesmo de adentrar o dilema central, foco do presente trabalho – a captura e veiculação indevida de imagens de pacientes sem o adequado consentimento - faz-se necessária à compreensão do espaço no qual tal impasse se desenvolve. Desse modo, analisa-se o surgimento da Rede, bem como de seu suporte, a Internet, e, por conseguinte, o conceito de Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs), bem como de que forma se deu a configuração de uma sociedade informacional, e quais são as aspirações desse novo modelo de sociedade emergente.

Alguns pesquisadores, exemplificativamente, atribuem à Revolução Industrial a abertura dos caminhos para a sociedade da informação, aferem que assim como a Primeira Revolução Industrial trouxe consigo a invenção do motor a vapor, que veio substituir o trabalho do homem, a Segunda inovou trazendo a eletricidade, a comunicação à distância e novos meios de produção, enquanto a Terceira Revolução Industrial seria a responsável pelo nascimento da Internet (CASTELLS, 2003, p. 13).

Ademais, de modo conjunto ao surgimento da Internet, que serviu como base tecnológica, uma nova forma organizacional na era da informação, originam-se as redes. De modo geral, elas são maleáveis, respeitam o gosto dos indivíduos, famílias ou grupos sociais, se instituem de maneira mais complexa, assumindo o novo modelo de sociabilidade (CASTELLS, 2003, p.7).

Com o surgimento da Internet, bem como de um novo modelo de sociabilidade, as redes, fez-se necessário refletir acerca do modelo social que se vislumbrava, surgiram conceitos de sociedade, como “as expressões sociedade industrial, pré-industrial e pós-industrial são sequências conceituais ao longo do eixo da produção e dos tipos de conhecimento utilizados” (BELL, 1973, p. 25) que surgiram ao tempo do término da Terceira Revolução.

No entanto, tais conceituações de sociedade pré, pós e industrial acabaram perdendo espaço, uma vez que intrinsecamente vazias, para novas denominações, surgindo nos EUA pela *American Society for Information Science (ASIS)*, pela primeira vez o termo Sociedade da Informação (SANTOS, 2015). No que concerne ao panorama nacional, a expressão “sociedade da informação” ganhou campo com a publicação do Livro Verde, pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, implementando o Programa Sociedade da Informação no Brasil. Tal escrito fez fomentar a ideia de que

todos os benefícios advindouros de tal modelo de sociedade devem chegar à todos os brasileiros, sendo esta uma responsabilidade do Governo (BRASIL, 2015).

Para que a Sociedade da Informação pudesse se desenvolver, fez-se necessário o concomitante desenvolvimento das Tecnologias da Informação e Comunicação. Verbera Castells, grande cientista social, que as primeiras considerações feitas acerca do termo “tecnologia”, surgiram com Harvey Brooks e Daniel Bell, que defendiam ser “o uso de conhecimentos científicos para se especificar as vias de se fazerem as coisas de uma maneira ‘reproduzível’” (CASTELLS, 2005, p. 67). Dessa forma, torna-se viável a propagação, universalização, da tecnologia, inclusive da tecnologia da informação.

Especificamente sobre o conceito de tecnologia, Castells, defende sua perfeita compreensão de maneira conjunta à ideia de sociedade, ao aferir que “a tecnologia é a sociedade, e a sociedade não pode ser entendida ou representada sem suas ferramentas tecnológicas” (CASTELLS, 2005, p. 43). Assim, a tecnologia acaba por transformar-se num dos pilares do desenvolvimento social, tornando-se fator determinante para as transformações sociais.

Desse modo, com toda a “revolução” que transcendeu o final do século XX, houve quebras de antigos paradigmas tecnológicos e a estruturação de novos, sendo que estes se desenvolveram em torno da tecnologia da informação, entendida como

o conjunto convergente de tecnologias em microeletrônica, computação (software e hardware), telecomunicações/radiodifusão, e optoeletrônica. Além disso, também inclui nos domínios da informação, a engenharia genética e seu crescente conjunto de desenvolvimentos e aplicações. (CASTELLS, 2005, p. 68).

Todas essas tecnologias da informação vêm somando forças para a composição de um novo modelo de sociedade, calcado em uma reestruturação do capitalismo, que Castells apresenta o termo “informacionalismo”. Tal modelo sociedade baseia-se na busca por conhecimento e informação, sendo esta sua função de produção tecnológica (CASTELLS, 2005, p. 54). Desse modo, o cientista acaba por inovar com o termo sociedade informacional, subentende-se da mesma forma uma nova era de geração, processamento e transmissão de informações.

Há ainda que se falar de outra denominação para a sociedade da informação, termo que indica que a sociedade idealizada fora alcançada, transformando-se em sociedade do conhecimento. Para que tal modelo social desenvolva-se, obtenha propagação a nível global, faz-se necessária a devida propagação do conhecimento, em toda a esfera terrestre, capacitando os sujeitos à absorção de conhecimento e não mais a obtenção de informações. De tal modo, corrobora o sociólogo Giddens, que o conhecimento se estabelece de acordo com alguns fatores, como:

Poder diferencial: Alguns indivíduos ou grupos estão mais prontamente aptos a se apropriar de conhecimento especializado do que outros. O papel dos valores: Os valores e o conhecimento empírico se vinculam (...). O impacto das influências não

pretendidas: O conhecimento sobre a vida social transcende as intenções daqueles que o aplicam para fins transformativos. A circulação do conhecimento social na hermenêutica dupla: O conhecimento reflexivamente aplicado às condições de reprodução do sistema altera intrinsecamente as circunstâncias às quais ele originariamente se referia. (GIDDENS, 1991, p.60).

Dessa forma, a configuração de tal sociedade implica na correta atuação das TIC em prol da geração de conhecimento, para que os indivíduos previamente capacitados possam abraçar tal modelo social e, enfim, configurar-se à sociedade do conhecimento. No entanto, tal “capacitação” é entendida como o maior desafio da sociedade, pois é o estabelecimento da capacidade de processamento de informação e de geração de conhecimento em cada indivíduo, aquisição de capacidade intelectual de aprendizagem, armazenamento e disposição de informações, quando necessário for (CASTELLS, 2003, p. 227). Sendo assim, as ações governamentais de propagação das TICs, devem ser cautelosas, uma vez que os países de primeiro mundo e os subdesenvolvidos precisam estar de mãos dadas para que se determine a pujança de tal modelo de sociedade.

Efetivamente, desde a Declaração de Princípios de Genebra, estabeleceu-se a implementação de uma sociedade da informação, onde todos pudessem criar, acessar, utilizar e compartilhar informação e conhecimento com todas as redes do mundo, capacitando indivíduos, comunidades e povos a alcançar seu pleno potencial na promoção de seu desenvolvimento sustentável e melhoria de sua qualidade de vida. Juntos, todos os indivíduos puderam construir uma Sociedade da Informação, fundamentada na solidariedade, o que abrirá caminho para uma verdadeira sociedade do conhecimento (ONU, 2015).

Contudo, mesmo que o modelo de sociedade ideal não tenha sido alcançado ainda, cada dia mais os sujeitos adentram ao mundo das TIC, em busca de informação, compreensão, conhecimento, e compartilhamento do saber. Contudo, tal avançar tecnológico torna imprescindível a preservação dos direitos fundamentais, em específico os direitos de personalidade, sob tal aspecto desenvolve-se o próximo tópico.

3 I DIREITOS DE PERSONALIDADE, A IMPORTÂNCIA DE SUA PRESERVAÇÃO FRENTE AO AVANÇO DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO

Desde que o homem passou a ser reconhecido como sujeito de direitos e obrigações, foram-lhe atribuídos os direitos da personalidade. Assim, por personalidade entende-se “a situação que caracteriza a pessoa, o estado graças ao qual um ser entra na vida jurídica. Sem personalidade um direito ou uma obrigação permanecerão sem ponto de ligação, sem significação, sem existência real” (DIAS, 2000, p. 20). Ou seja, ela faz a ligação entre a pessoa enquanto ser e a possibilidade de dotar-se de direitos.

Ocorre desse modo que, uma vez consagrados a cada um dos indivíduos, os direitos da personalidade reverenciam, primordialmente, o princípio constitucional norteador do sistema jurídico brasileiro: A dignidade da pessoa humana. São nesse sentido as palavras de Beltrão, ao definir os direitos da personalidade “como categoria especial de direitos subjetivos que, fundados na dignidade da pessoa humana, garantem o gozo e o respeito ao seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas” (BELTRÃO, 2005, p. 25). Notável a importância conferida à dignidade humana frente aos direitos personalíssimos, no mesmo sentido, Venosa afere que os direitos da personalidade são os que resguardam a dignidade humana (VENOSA, 2012, p. 178).

Tem-se que a própria Carta Magna, em seu artigo 5º, X, consagra como sendo “invioláveis, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 2008, p. 18). Ao passo que, redimensionando-se tais direitos personalíssimos da esfera constitucional, para a esfera civil, o texto deste em seu artigo 11, consagrou como seus elementos característicos serem intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária, excepcionando os casos previstos em lei (BRASIL, 2002). Sendo assim, existe matéria legislada que proteja os direitos da personalidade, tutelando-os, seja em âmbitos específicos, como é o caso do direito civil, seja em instância hierarquicamente superior, a expressa menção feita no texto da Constituição Federal de 1988.

Acerca do texto legislado, por serem inerentes ao ser humano, os direitos da personalidade não podem ser transmitidos a outrem, tampouco renunciados, explica com condizentes palavras o jurista Bittar quando menciona:

Esse direitos são dotados de caracteres especiais, [...] em função de possuírem, como objeto, os bens mais elevados do homem. Por isso que o ordenamento jurídico não pode permitir que deles despoje o titular, emprestando-lhes caráter essencial.

Constituem direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis erga omnes. (BITTAR, 2003, p. 11).

De acordo com tais colocações, corrobora-se o conjunto de características que são peculiares aos direitos de personalidade. Passa-se, dessa forma, a apreciação específica do direito personalíssimo à imagem, objeto central do presente estudo.

Conforme dito o direito à imagem vem tutelado no texto do arcabouço jurídico brasileiro no rol dos artigos tidos como “direitos fundamentais” (BRASIL, 2008, p. 18), tamanha sua importância. Ademais, o referido direito também encontra fulcro no artigo 20 do vigente Código Civil, que afere a presunção de conhecimento por parte do titular da imagem para que essa possa ser utilizada, publicada, ou exposta, sendo que a ele é permitido requerer a proibição da captação e reprodução de quaisquer imagens que crer que lhe atinjam a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins

comerciais (BRASIL, 2002).

A respeito de tais compilacões legais, pode-se extrair a necessidade do consentimento do indivíduo para a publicação, exposição, ou divulgação, de sua imagem, ressalvadas as hipóteses em que a reprodução dessas seja considerada imprescindível à manutenção da ordem pública e social. Sendo assim, concebe-se que

o direito à imagem consiste na faculdade do titular permitir ou não a reprodução, exposição ou divulgação de sua imagem. A imagem é a exteriorização da personalidade [...]. Não se reduz ao rosto, às feições da cada um, mas inclina-se por todos os modos de ser físicos e psíquicos do homem (DIAS, 2000, p.71).

Diante do exposto, eclarece-se que a imagem que é tutelada pelo ordenamento jurídico não é apenas o retrato de uma pessoa, mas também todo o conjunto que envolve a personalidade do sujeito, características que lhe são natas, que o diferenciam e qualificam dentro da sociedade em que vive. Sendo assim, é por meio desse conceito de imagem - como um todo, físico e psíquico – que se desenvolve, inclusive, o direito à indenização (BRASIL, 1988).

Para que a pretenção indenizatória seja afastada, o autor da imagem deve pedir o consentimento do titular, deixando clara sua pretenção, o destino que dará a imagem concebida, sem, portanto, poder desviar tal finalidade, nesse sentido,

a representação externa da pessoa em Internet, através de sites, filmes, revista, jornal, TV, vídeo, etc., requer a devida permissão do titular, porque o expõe a um público variado e não a um certo grupo de pessoas, podendo exigir um contrato escrito, ou verbal, externando o consenso para a divulgação onerosa, ou gratuita (...). O titular da imagem tem o direito de aparecer se, quando e como quiser, ou de impedir a reprodução, exposição e divulgação de sua imagem [...]. (DINIZ, 2004, p. 158).

Tal atitude por parte do autor da imagem acaba com a possibilidade de uma ação envolvendo desejo à indenização por uso indevido de imagem, cabe ao autor requerer o consentimento e ao titular da imagem avaliar os efeitos que sua decisão poderá ocasionar. No entanto, cabe ressalva quanto à necessidade de consentimento, esse não se faz necessário em todas as situações, pois em alguns casos há a possibilidade de se reproduzir de maneira não consentida as imagens, alguns estudiosos elencam como exemplo de tal situação a divulgação de imagem de alguém feita pela imprensa, com interesse unicamente jornalístico.

Diante de tais afirmativas, resta claro que o direito à imagem não é ilimitado, há casos em que perde espaço para o interesse da coletividade, como nos casos de prevalência do direito à informação, da manutenção da ordem pública ou da segurança nacional. Assim, desde que respeitados a moral e a honra das pessoas, estabelece-se o direito de manifestação de pensamento, liberdade de expressão e, sobretudo, o direito que a imprensa conquistou, de informar, disseminar conhecimento, evidenciar

culturas, de atuar em prol de si mesma e de todas as sociedades.

Ocorre que, a linha divisória entre a reprodução de imagens para fins de informação e conhecimento, e a reprodução desmedida, feita de forma insensata, com objetivo exclusivamente pessoal, ou de grupos pequenos de pessoas, é extremamente tênue. Este será, portanto, o assunto a ser analisado no tópico seguinte do presente estudo.

4 I CAPTAÇÃO E USO INDEVIDO DE IMAGENS DE PACIENTES NO AMBIENTE HOSPITALAR: A IMPORTÂNCIA DO CONSENTIMENTO POR ESCRITO

Com o avanço das TIC, os direitos de personalidade assumiram outra perspectiva. Os novos adeptos das tecnologias têm concepções diferentes quanto à exposição de imagens, noções diversas de privacidade e intimidade, bem como de que forma devem ser preservadas na rede. Hoje, alguns estudiosos do assunto, afirmam que surgiu um novo conceito que remete à vida privada, chamado de *Direito à Extimidade*, ou seja, lançar ao público algo da própria privacidade, não basta mais simplesmente ser, mas parecer ser, por entre as redes da Internet (GOMES, 2015).

Notoriamente, a cada nova tecnologia criada, mais rapidamente a informação é transferida, facilitando o acesso à almejada sociedade do conhecimento. Os meios acadêmicos, percebendo tais influências, adentraram a esse novo modelo de ensino, incluindo em suas bases educacionais o uso da tecnologia para promover a educação, forma de se manter atraente no mercado e não obsoleta para a juventude. Nesse sentido, desenvolve-se a ideia de que a tecnologia seja

uma ferramenta poderosa para o ensino e a aprendizagem. No entanto, apesar de seu potencial, a tecnologia jamais poderá substituir os professores. (...) a tecnologia é apenas uma ferramenta entre muitas. Dessa forma, ela deveria ser utilizada somente quando representasse o meio mais apropriado para se atingir uma meta de aprendizagem. (SANDHOLTZ, 1997, p.166).

Tudo isso para aferir que, muito embora a tecnologia auxilie no ensino e aprendizagem, não se justifica seu emprego sem o auxílio de um professor orientador, bem como sem a contextualização de uma aula-base como um plano de fundo. Assim sendo, “as possibilidades de comunicação oferecidas pela Internet a qualquer pessoa ou grupo, sem importar as distâncias, permitem trocas rápidas e econômicas de informações – textos, imagens, vídeos, etc. -, repercutindo também no sistema educacional” (MERCADO, 2004, p. 79). Ou seja, o uso demasiado das TIC e a rápida transmissão de informações entre estudantes, enquadrando-se aqui os acadêmicos dos cursos da área da saúde, não é justificável se não dentro de um ambiente de aprendizagem, onde a troca de conhecimento seja o principal objetivo; faz-se necessário que não se perca a prática da reflexão perante os direitos de personalidade, tão veementemente tutelados no corpo da Carta Magna e em Códigos específicos, dentre eles, o irrefutável direito à imagem.

Em contrapartida, corrente divergente afirma que as TIC foram criadas para o desenvolvimento das sociedades se dê de modo confortável e rápido, inclusive no ambiente hospitalar. Sendo assim, a todo o momento surgem projetos de atualização do cenário hospitalar, é o caso da proposta de informatização dos prontuários médicos, justificada por serem corriqueiras as ocorrências de erros relacionados à comunicação e transmissão de dados. Com tal “informatização” o tempo gasto com o novo diagnóstico a cada reincidência no ambiente hospitalar estaria combatida, havendo a otimização dos atendimentos (WACHTER, 2010, P. 156).

Por certo, há alguns pontos em aberto por entre o cenário das emergentes tecnologias da informação e comunicação, no entanto o que de fato tem-se como regramento a ser seguido, encontra-se no Código de Ética Médica, que explicita em seu capítulo IX, art. 75, que “É vedado ao médico: Fazer referência a casos clínicos identificáveis, exibir pacientes ou seus retratos em anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos, em meios de comunicação em geral, mesmo com autorização do paciente” (CFM, 2009). Destaca-se a atenção voltada à parte do dispositivo que se refere aos meios de comunicação, sendo que os meios de comunicação em massa são todos os veículos leigos que levam informação ao grande público, sendo portanto, por meio deles, proibida a reprodução de imagens de pacientes, mesmo que previamente autorizada, pois resta configurada infração ética.

Ocorre que, como aferido no desenrolar do presente estudo, o direito à imagem não se configura como um direito ilimitado, de forma que a exibição poderá ser efetivada, desde que presentes de forma concomitante, alguns requisitos:

(a) a divulgação da imagem seja feita apenas e eventos científicos, exclusivamente para médicos; (b) a exposição ocorra de forma moderada, ou seja, sem possibilidade de identificação do “dono” da imagem (turvar parte da imagem ou colocar tarja nas partes que não interessem à discussão); e (c) haja autorização prévia expressa e estrita do paciente para exposição do paciente para cada evento especificado. (BARROS JÚNIOR, 2011, p. 312).

Sendo assim, uma vez concebido o conceito de direito à imagem, como um direito personalíssimo não absoluto, é possível que dele se possa dispor em prol de algum interesse de seu titular e do interessado em sua reprodução, desde que resguardados os preceitos elencados no Código de Ética Médica.

No que tange ao ambiente acadêmico, a vontade individual do aspirante a profissional da saúde em veicular imagem por redes de compartilhamento populares, não merece ser hipótese de ressalva na codificação. É preciso que o professor desempenhe seu papel, esclarecendo a importância do sigilo profissional, referido no Código que regerá sua profissão, bem como o respeito à legislação tipificada, enquanto protetora dos direitos à imagem.

Da mesma maneira, ao profissional da área da saúde, cabe relembrar seu comprometimento com a integridade do paciente, seja física ou moral, e de modo que o próprio Código de Ética evidencia em artigo específico a vedação que acomete à

classe, de não poder deixar de orientar seus auxiliares e alunos a respeitar o sigilo profissional e zelar para que seja por eles mantido (BARROS JÚNIOR, 2011, p. 315).

Sendo assim, em prol da manutenção indispensável da relação de confiança que deve existir entre médico e paciente, é iminente a importância de se ensinar, e a todo tempo prezar, uma conduta médica primordialmente ética, de maneira que os direitos personalíssimos restem preservados.

5 | CONCLUSÃO

No que pese o objetivo central do presente trabalho, buscou-se satisfazer a pretenção proposta, com a análise dos pontos de maior pertinência ao tema, o que não o esgota por completo, mas agrega a ele outro relevante ponto de vista.

Assim sendo, desde o princípio almejou-se estabelecer um paradigma de sociedade, descrevendo em que contexto surge a internet como meio de comunicação em massa, a Tecnologia da Informação e Comunicação como responsável direta por toda evolução infrmacional, até atingir-se a sociedade atual, a sociedade informacional. Ainda nesse linear, buscou-se avaliar a pretenção do Estado em alcançar, de modo conjunto com todos os países do mundo, uma sociedade voltada para o conhecimento, de forma que esse se veja possibilitado, uma vez que se torne possível a capacitação de todos os sujeitos, em absorvê-lo.

A seguir desenvolveu-se um estudo específico sobre o tratamento deferido aos direitos de personalidade, de que forma vêm recebendo nova interpretação, novo olhar, ao passo que a tecnologia avança e as relações de comunicação se expandem por meios globais nunca anteriormente vivenciados.

Ainda, fez-se a reflexão da forma como, na vivência de uma sociedade em rede, pode-se estabelecer a busca por conhecimento e informação de modo a respeitar os direitos de personalidade, especialmente averiguando-se a respeito da conduta desempenhada por estudantes de medicina e profissionais da saúde, ao diagnosticarem determinado paciente e resolverem, a partir de sua enfermidade, capturar e reproduzir imagem, por motivação pessoal, individual, portanto, de nenhuma relevância à luz do respeitável Código de ética médica.

Portanto, verificam-se as hipóteses em que se torna viável a captação de imagens de pacientes, casos em que os direitos da coletividade se sobrepõem, bem como, em quais situações há violação aos direitos de personalidade, maior interesse pessoal e desrespeito à imagem dos pacientes, o que, põe fim a pretensão do presente trabalho. Uma vez solucionado o pequeno, porém, salutar tópico referente aos direitos fundamentais, vê-se a importância de sua preservação, mesmo com o cavalgar das tecnologias da informação e comunicação, são eles que humanizam o indivíduo, independentemente do modelo de sociedade vivenciado.

REFERÊNCIAS

- BARROS JÚNIROR, Edimilson de Almeida. **Código de ética médica 2010:** comentado e interpretado. São Paulo: Atlas, 2011.
- BELL, Daniel. **O advento da Sociedade Pós-Industrial:** uma tentativa de previsão social. Trad. Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Editora Cultrix, 1973.
- BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da personalidade:** de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- BRASIL, Ministério da Ciência e Tecnologia. **Sociedade da informação no Brasil** : livro verde/ organizado por Tadao Takahashi. – Brasília, 2000. Disponível em: <<http://livroaberto.ibict.br/bitstream/1/434/1/Livro%20Verde.pdf>>. Acesso em 18. Fev. 2015.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 6 de out. de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 jul. 2016.
- _____. **Constituição Federal e Constituição Estadual** [Constituição da República Federativa do Brasil e Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1989]. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2008.
- _____. **Código de Direito Civil.** Senado Federal: Brasília: Senado Federal, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20 fev. 2015.
- CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet:** reflexões sobre a internet, negócios e a sociedade. Traduzido por Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede – a Era da Informação: economia, sociedade e cultura.** 8. ed. Traduzido por Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Vanancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2005.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Código de Ética Médica e normas complementares:** Resolução CFM nº 1931, de 17 de setembro de 2009. Supervisor editorial Jair Lot Vieira. 2ª ed., São Paulo: Edipro, 2012.
- DIAS, Jacqueline Sarmento. **O direito à imagem.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** responsabilidade civil. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** São Paulo, SP: da UNESP, 1991.
- GOMES, Luiz Flávio. **Extimidade:** nem o preso escapa disso (?). Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121928398/extimidade-nem-o-preso-escapa-disso>>. Acesso em: 10 mar. de 2015.
- MERCADO, Luis Paulo Leopoldo. **Informática Educativa:** Tecnologias da Informação e Comunicação na Aprendizagem. Q Gráfica, Maceió, 2004. p. 79.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Princípios. **Construir a Sociedade da Informação**: um desafio global no novo Milênio. Disponível em: <file:///C:/Users/user/Desktop/CMSI_declaracaoprincipios_Genebra2003.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2015.

SANDHOLTZ, Judith Haymore. RINGSTAFF, Cathy. DWYER, David C.. **Ensinando com tecnologia**: criando salas de aula centradas nos alunos. Artes Médicas, Porto Alegre, 1997.

SANTOS, Leopoldina Ventura Amorim da Costa. CARVALHO, Angela Maria Grossi de. **Sociedade da Informação**: avanços e retrocessos no acesso e no uso da informação. Disponível em: <file:///C:/Users/user/Downloads/1782-5183-1-PB.pdf>. Acesso em: 18. Fev. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WACHTER, Robert M. **Compreendendo a segurança do paciente**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

PODER PÚBLICO, TIC E E-GOV: UMA ANÁLISE ACERCA DO USO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Alice Reichembach Gelatti

Universidade Federal de Santa Maria
Santa Maria – Rio Grande do Sul

Rebeca Lírio de Souza

Universidade Federal de Santa Maria
Santa Maria – Rio Grande do Sul

Rosane Leal da Silva

Universidade Federal de Santa Maria
Santa Maria – Rio Grande do Sul

ferramentas em todas as esferas de poder que permitem que os cidadãos fiscalizem e participem ativamente da atividade governamental, dentro do que hoje denomina-se governo eletrônico.

PALAVRAS-CHAVE: Tecnologia da Informação e Comunicação, Governo eletrônico, *internet*, Poder Público.

ABSTRACT: This paper aims at the analysis of the impact of new Information and Communication Technologies in the society and its use by the Government, in particular the implementation of the Electronic Government (e-gov). For this, it was used the deductive method of approach, combined with bibliographical and documentary research, added to the descriptive and explanatory methods, proceeding first a literature about ICT and its social impacts, followed by a survey about the Electronic Government and an analysis about the data from the ICT E-Government in 2013 research, conducted by the Brazilian Internet Steering Committee. Thus, it is concluded that, after all the changes experimented by the society in recent years by the advent of ICT accounts, the Government is gradually adapting to the new social organization. This happens mainly because of the implementation of tools in all spheres of power that allow citizens to supervise and actively participate in government activity, in what today is called e-government.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo a análise acerca do impacto das novas Tecnologias da Informação e Comunicação na Sociedade e a sua utilização pelo Poder Público, em especial, na implantação do governo eletrônico (e-gov). Para tanto, empregou-se o método de abordagem dedutivo, aliado à pesquisa bibliográfica e documental, procedendo-se primeiro um levantamento bibliográfico acerca das TIC e os seus impactos sociais, seguido de um levantamento sobre governo eletrônico e análise de dados da pesquisa TIC Governo Eletrônico 2013, realizada pelo Comitê Gestor da Internet. Assim, conclui-se que, após todas as mudanças experimentadas pela Sociedade nos últimos anos por conta do advento das TIC, o Poder Público, gradativamente, está se adaptando a nova organização social. Isso se dá, principalmente, com a implementação de

KEYWORDS: Information and Communication Technologies, Electronic Government, *internet*, Government.

1 | INTRODUÇÃO

A partir do final da Segunda Guerra Mundial, o cenário político mundial dividiu-se em dois polos, durante a Guerra Fria, período no qual houve a polarização da política internacional. Nesse cenário, nos Estados Unidos, a *internet* desenvolve-se, para auxiliar a comunicação entre as bases militares em caso de ataque soviético, contudo, em poucos anos essa tecnologia revolucionária de comunicação foi disponibilizada também para os cidadãos, tornando-se popular durante a década de 90 no mundo todo. Entretanto, desenvolvimento e a expansão da *internet* só foram possíveis porque, nos anos anteriores a essa, as Tecnologias de Informação e Comunicação experimentaram também profundas alterações, em especial, com a popularização dos computadores pessoais.

Como consequência de referidos desenvolvimentos científicos, a Sociedade também experimentou grandes alterações, uma vez que a comunicação passou a ser instantânea e, com isso, as distâncias entre as pessoas e as informações foram encurtadas. Esse fenômeno de alterações sociais é explicado pelo fato de que a Internet franqueou a formação de uma rede de contatos, ao interligar indivíduos para o intercâmbio de conhecimentos. Por consequência, de igual modo as TIC e a *internet* estão pressionando os governos, para que estes se adaptem às novas possibilidades de administração pública através do Governo Eletrônico.

Em razão de tais mudanças, objetiva-se verificar se o poder público está adequando a Administração Pública às modernizações inerentes a Sociedade em Rede, através do emprego das novas Tecnologias da Informação e Comunicação e da *internet*, na perspectiva atual de e-GOV. Para isso, empregou-se o método de abordagem dedutivo, aliado à pesquisa bibliográfica e documental com consulta a fontes primárias, pois foram analisados dados da pesquisa Governo Eletrônico, realizadas pelo CGI em 2013.

Apresentadas estas considerações, pretende-se neste artigo, em um primeiro momento, ponderar acerca das Tecnologias da Informação e Comunicação e seu reflexos para a configuração atual da Sociedade, com especial ênfase aos impactos no campo político. Em um segundo momento, serão apresentadas algumas reflexões sobre o uso das TIC para auxiliar o governo na administração do Estado, no denominado Governo Eletrônico. Por fim, far-se-á uma análise dos dados da pesquisa do CGI sobre a utilização das TIC pelos órgãos federais e estaduais em 2013.

2 | OS IMPACTOS DAS TIC NA SOCIEDADE

Nos últimos anos, grandes avanços científicos são percebidos, em especial, no desenvolvimento de novas Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC), as quais têm originado uma revolução nos diferentes âmbitos da realidade hodierna, com impactos diversos na economia, na política, na cultura e no direito. Em razão desses novos instrumentos tecnológicos, segundo Boaventura da Souza Santos, a maior transformação pode ser percebida no que se refere ao conceito de espaço-tempo.¹ Isso porque as instituições estatais que existem hoje se configuraram durante a expansão e consolidação do Estado Moderno, no qual a velocidade de interação social e de acesso a informações era completamente distinta do que é presenciado atualmente.

Dessa forma, o conceito de espaço-tempo percebido até o advento das novas tecnologias era marcado pelo caráter nacional, uma vez que as distâncias físicas dificultavam sobremaneira a troca veloz de informações entre as pessoas e os Estados, sejam de caráter político ou econômico. De fato, o intercâmbio informacional era realizado de forma mais lenta do que se opera atualmente, o que permitiu que as instituições de cada Estado fossem consequência, sobretudo, da realidade pátria. Entretanto, o desenvolvimento das Tecnologias de Informação e Comunicação alterou esse panorama, nas palavras de Boaventura de Sousa Santos (2005, p. 88):

Este espaço-tempo está hoje a ser desestruturado sob a pressão de um espaço-tempo emergente, global e instantâneo, o espaço-tempo eletrônico, o ciberespaço. Este espaço-tempo cria ritmos e temporalidades incompatíveis com a temporalidade estatal nacional. O caso mais dramático é talvez o espaço-tempo global e instantâneo dos mercados financeiros, o qual inviabiliza ou torna muito difícil qualquer deliberação ou regulação por parte do Estado.

Assim, outra alteração que a Sociedade de fato experimentou nesses últimos anos foi, em especial, no que se refere a sua organização, uma vez que essa passou a ser em forma de rede, segundo assevera Manuel Castells (2003, p.7):

Uma rede é um conjunto de nós interconectados. A formação de redes é uma prática humana muito antiga, mas as redes ganharam vida em nosso tempo transformando-se em rede de informação energizadas pela Internet. As redes têm vantagens extraordinárias como ferramentas de organização em virtude da sua flexibilidade e adaptabilidade inerentes, características essenciais para sobreviver e prosperar num ambiente em rápida mutação.

A nova composição do panorama social é denominada como Sociedade Digital, segundo Aires Rover (2006, p.87), o qual igualmente afirma que perceber a Sociedade em forma de rede, ilustra a “[...] crescente complexidade das interações que ocorrem [...]” em seu interior. O que explica-se no fato que todos aqueles que possuem acesso às Tecnologias de Informação e Comunicação estão mutuamente conectados, constituindo-se, assim, como nós da mesma rede. Por conta disso, o intercâmbio de conhecimento

e notícias se dá de forma que dificulta sobremaneira o seu mapeamento, porquanto a velocidade, a extensão territorial e a quantidade de indivíduos que uma informação pode atingir são imensuráveis atualmente, formando-se a rede de relacionamentos.

Como toda mudança operada na Sociedade, as TIC trouxeram grandes consequências também para o Direito, levando o ordenamento jurídico a se adaptar a realidade que se apresenta, porquanto novas situações surgiram e que necessitam de tutela específica. Porém as Tecnologias de Informação e Comunicação não só obrigaram o poder público a criar amparo legal para as modernas relações, mas também as instituições relacionadas à administração pública precisaram se adaptar às novas possibilidades, o que vem ocorrendo gradativamente.

No aspecto político, as novas Tecnologias trouxeram um grande impacto na maneira pela qual as decisões do Poder Público são tomadas, pois a *internet* permitiu que um espaço de discussão ateriorial se estabelecesse, no qual a participação mais direta dos cidadãos nas decisões políticas é oportunizada. Esse cenário propicia o que é denominado por Manuel Castells (2003, p. 135) como “ágora eletrônica global”, em uma referência direta ao que algumas cidades-estado da Grécia Antiga possuíam: um espaço de debate dos cidadãos onde era operada a democracia direta.

Contudo, diversamente do que ocorria na Idade Antiga, atualmente os cidadãos não se reúnem fisicamente para debater e decidir o futuro da *pólis*, o fazem através do ciberespeço. Nesse caso, a influência da população nas decisões governamentais pode ser percebida, em especial, de duas formas: por um lado, na valoração das decisões tomadas pelos governantes através de uma opinião pública mais ou menos convergente na mídia *online* e nas redes sociais; por outro, nos canais de participação democrática direta propiciados pelo próprio poder público.

Dessa forma, as Tecnologias da Informação e Comunicação estão permitindo que a democracia e suas instituições se reiventem com o advento do ciberespaço, o qual prescinde a presença de todos os cidadãos reunidos fisicamente para o voto ou o debate. A *internet* exige, então, que a população pondere com mais frequência a política nacional e, ao propiciar um espaço para que essa emita opiniões sobre as decisões governamentais, aproxima os cidadãos dos seus representantes. Nesse sentido, Daniel Ivoskus (2005, p. 204-205) assevera:

Todos hablan y todos debaten en Internet. El eje del cambio cultural que propone la red es, justamente, ése: su instrumentación masiva, las herramientas “usadas” a su máximo potencial, para que los beneficios se traduzcan en cambios concretos. Son “elecciones” cotidianas que el ciudadano puede hacer –con mayor o menos rigor, es cierto- para participar activamente en la vida comunitaria. Como un juego, un pasatiempo, una expresión de compromiso o un acto cívico.

(...)

La e-democracia comienza su camino de consolidación cuando emprea las herramientas digitales en dos direcciones. Es decir: permite que el gobierno, desde todas las instancias posibles, se comunique com la ciudadanía y –también, con el mismo afán- hace posible que el vecino, el elector deje asentada su oponion y se comprometa com la vida cívica y política de la comunidad a la que pertenece.

As novas tecnologias igualmente permitem que os governos avaliem as suas decisões com as opiniões emitidas pelos cidadãos com maior frequência do que ocorria antes do advento do ciberespaço. Desse modo, torna-se possível que sejam feitas alterações em determinada política adotada com o intuito de adequá-la aos interesses da população, por meio das opiniões emitidas na Internet. Com isso, é dado respaldo às decisões governamentais e constrói-se uma administração pública voltada aos interesses atuais da Sociedade.

No que se refere aos novos canais de colaboração direta abertos aos cidadãos que queiram participar ativamente nas definições do governo, para que eles se tornassem possíveis, um investimento em tecnologia e capacitação dos servidores foi imprescindível, bem como a criação de setores especializados em TI. Entretanto, essa aplicação de recursos não tem sido homogênea nos três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – tampouco nos níveis de organização política – em especial no federal e no estadual. Por esse motivo, revela-se imprescindível que, a partir do panorama da realidade atual da informatização dos órgãos públicos, a aplicação de recursos se torne efetiva no sentido de igualar o acesso às novas Tecnologias de Informação e Comunicação e suas ferramentas para usuários e servidores.

Assim, as TIC modificaram vários setores da vida em Sociedade e apresentaram novas possibilidades para que uma nova democracia se estabeleça, baseada na participação direta dos cidadãos e construída a partir dos seus interesses. Por tal motivo, o Poder Público não poderia ficar afastado dessa nova conjectura, devendo se apropriar da Internet pra disponibilizar informações, serviços e se comunicar com a população, tema que será abordado no capítulo seguinte.

3 | O USO DA INTERNET PELO PODER PÚBLICO

Com a popularização da internet e o seu consequente aperfeiçoamento, essa tecnologia tornou possível a criação, a coleta, a organização e a divulgação de informações. Em razão disso, hoje é um meio utilizado pelo Poder Público para a prestação de contas e para o acesso à informação pública. Para tal, foi necessário que os órgãos públicos passassem por transformações tecnológicas, adequando suas gestões governamentais à modernização e atendendo as necessidades da sociedade com mais transparência. Além disso, os governos precisaram investir em equipamentos tecnológicos e na capacitação de seus gestores e servidores públicos. Tais mudanças visam a melhoraria da qualidade de seus serviços, com eficiência nesse novo ambiente e, ao mesmo tempo, possibilitar uma nova forma de comunicação direta com o cidadão.

Diante das transformações ocasionadas pelas inovações tecnológicas, o relacionamento entre os cidadãos e o governo se modificou, exigindo dos governantes maior efetividade das políticas públicas, maior transparência e mais eficiência nos processos.

Ao longo do século XX, a administração pública foi influenciada por fenômenos sociais, políticos, econômicos e tecnológicos, e, a partir desses movimentos de reforma, passou a incorporar as Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC). De acordo com a pesquisa realizada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (2014, p. 25), TIC Governo Eletrônico de 2013:

A intensiva adoção das tecnologias da informação e comunicação (TIC) por parte dos órgãos governamentais está fortemente apoiada na estruturação dos programas de governo eletrônico (e-Gov), que surgem com o objetivo de fomentar a modernização da administração pública. É cada vez mais difundida entre os gestores públicos a percepção de que essas políticas públicas podem gerar impactos positivos nas dimensões econômica, social e política e favorecer o melhor desempenho da máquina governamental e maior interação entre o setor público e a sociedade.

Assim, a partir das TIC há início do que se conhece por Governo Eletrônico (e-gov), ou seja, a informatização das atividades governamentais e a comunicação entre governo e público externo: cidadãos, empresas, fornecedores, outros setores governamentais ou da sociedade (PINHO, 2008, p. 471- 493). Entretanto, a governança eletrônica não se limita à simples automação de processos e a disponibilização de serviços públicos *online* na internet. Ela também está relacionada com a mudança na maneira como o governo, através das TICs, atinge os seus objetivos para cumprir o papel de Estado. De acordo com Ruschel, Rover e Hoeschl (2009, p. 86), o governo eletrônico,

tem sido definido como o uso intensivo das TICs para promover um governo mais eficiente e efetivo. Isto é: para facilitar a acessibilidade ao serviço governamental, através de um maior acesso público à informação e para fazer um governo mais prestador de contas aos cidadãos.

Ademais, a expressão governo eletrônico pode ser compreendida como um conjunto de ações modernizadoras vinculadas à Administração Pública. Isso inclui uma maior eficiência dos processos operacionais e administrativos dos governos, o uso da internet para prestação de serviços públicos eletrônicos, a elaboração e monitoramento de políticas públicas, a integração entre governos, e a democracia eletrônica, representada pelo aumento da transparência e da participação democrática. No Brasil, o governo eletrônico foi ampliado na segunda metade da década de 1990, sendo, a partir daí, associado ao uso que se faz das Tecnologias da Informação e Comunicação.

Em 2000, houve a criação do Comitê Executivo de Governo Eletrônico, no qual o Ministério do Planejamento exercia funções de Secretaria-Executiva e o chefe da Casa Civil atuava como principal dirigente. No ano seguinte, é lançada a Política de Governo Eletrônico no Brasil, que previa ações como,

oferta de todos os serviços prestados ao cidadão também na internet; ampliação do acesso à informação, redes e bancos de dados; promoção da convergência entre os sistemas de informação; implantação de infraestrutura avançada de

comunicações e serviços; utilização do poder de compra do governo para obtenção de custos menores. (BALBE, 2010, p. 194)

A partir de 2004, o governo eletrônico brasileiro pôde contar com um departamento específico, criado pelo Decreto 5.234, de 07 de julho de 2004, o Departamento de Governo Eletrônico (DGE). Sua função é coordenar e articular a implantação de ações unificadas e integradas de governo eletrônico, as atividades que se relacionam com a prestação de serviços públicos através de meio eletrônicos, bem como normatizar e disseminar o desenvolvimento de ações e informações de governo eletrônico da administração federal.

Entre os anos de 2011 e 2012, o Governo Federal elaborou um planejamento estratégico para o triênio 2012 – 2015 e, em seu item 4.1.7, estabelece que,

a administração pública precisa tornar os serviços públicos cada vez melhores e mais acessíveis, modernizando normas e colocando a tecnologia da informação a serviço do cidadão. As iniciativas do Governo eletrônico devem ser fortalecidas, com a ampliação do uso de TIC para a oferta de serviços públicos à sociedade, com maior qualidade e menores custos, simplificando procedimentos e promovendo amplo acesso, para propiciar maior transparência da ação pública e estimular a participação da sociedade, e, assim, favorecer o controle social e o fortalecimento da democracia e a cidadania. (BRASIL, 2011. p. 22)

Diante da iniciativa de inserção e promoção do governo na internet, os órgãos nas esferas federais e estaduais passaram a disponibilizar, numa porcentagem bem elevada, websites ou páginas oficiais na rede. De acordo com a pesquisa realizada pelo Comitê Gestor da Internet (CGI) no ano de 2013, constatou-se que 100% dos órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Ministério público possuem website ou página oficial; 99% dos órgãos dos Entes Federativos Federais e 93% dos órgãos do Poder Executivo e dos Entes Federativos Estaduais também possuem páginas próprias (CGI, 2014. p. 339).

Dessa forma, percebe-se que o uso da internet pelo Poder público trouxe avanço e modernização para a administração pública, o que tem potencial para promover mais eficiência e transparência nos serviços. Ademais, através do uso das Tecnologias da Informação e Comunicação e do Governo Eletrônico, foi possível ampliar a interação entre o setor público e a sociedade, além de possibilitar ao cidadão maior acesso à informação pública, gerando maior transparência na prestação de contas do governo.

4 | ANÁLISE DE DADOS: OS SERVIÇOS E A INFORMAÇÃO NA INTERNET

O Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), entre os meses de outubro e dezembro de 2013, coletou dados para a realização de *uma pesquisa acerca do uso de tecnologias pelos órgãos públicos brasileiros*. Essa pesquisa foi realizada com 1.586 órgãos públicos federais e estaduais que declararam utilizar computador nos últimos 12 meses. Seus dados foram *divulgados em julho de 2014, e dividem-se em 5*

categorias (A, B, C, D e E) com subdivisões em itens, dos quais dois serão analisados no presente capítulo.

O primeiro item a ser analisado encontra-se dentro da categoria C - “Serviços Públicos nos Meios Digitais”. A subdivisão C5, denominada “Proporção de Órgãos Públicos Federais e Estaduais, por tipo de recurso oferecido ao cidadão no *website* ou página oficial na *internet*”, está dividida em 5 subitens: Ferramenta de busca nos conteúdos do *website* ou página oficial; Solicitação de serviços pela *internet*; Vídeos; Transmissão *online* em tempo real de eventos como sessões, palestras, reuniões; Áudio ou rádio *web* (CGI, 2014, p. 344-346).

Quanto à primeira categoria em análise, cabe ressaltar que um dos objetivos do Governo Eletrônico e também da Administração Pública é a prestação de serviços com mais eficiência e presteza. Nesse sentido, a disponibilização de ferramenta de busca nos conteúdos das páginas dos órgãos públicos é um mecanismo que tem o escopo de facilitar e agilizar a navegação, possibilitando que o cidadão encontre rapidamente a informação desejada. Nas esferas federal e estadual, percebe-se que tal recurso está presente em grande parte dos órgãos, alcançando o percentual de 94% nos Poderes Legislativo e Judiciário, e 83% no Poder Executivo.

Ademais, o uso das tecnologias da Informação e Comunicação aliado ao e-GOV otimizam a prestação de serviços, tornando-os mais céleres e eficientes. Essa otimização se dá tanto na própria estrutura interna dos órgãos, que necessitam de menos servidores para realizar a mesma carga de trabalho, quanto no beneficiamento do cidadão, com menos custos porque dispensa o deslocamento até o órgão público. Em relação aos três poderes, a solicitação de serviços pela *internet* está disponível em 83% dos *sites* do Poder Judiciário, 75% do Poder Legislativo e apenas em 55% do Poder Executivo. Tais percentuais revelam que a estrutura de Governo Eletrônico brasileira ainda não consolidou a fase de prestação de serviços e se mantém apenas na fase de informação.

Outra preocupação que deve estar presente nos modelos de e-GOV e que foi recentemente desenvolvida é a questão de produção de conteúdo em suportes variados, que relaciona-se com a acessibilidade. A disponibilização de vídeos tem como objetivo tornar o conteúdo mais atrativo e atender a públicos variados, especialmente aos deficientes. Além disso, tal mecanismo torna a informação mais clara, visto que aproxima-se da linguagem cotidiana do cidadão. Nos órgãos analisados, a disponibilização de vídeos está presente em 88% dos *sites* do Poder Legislativo, 76% do Poder Judiciário e em apenas 52% do Poder Executivo.

O recurso de áudio e rádio *web*, assim como os vídeos, está relacionado com a questão da acessibilidade, visto que coloca a disposição dos usuários um formato variado de acesso à informação. Segundo recomendação da Cartilha e-MAG, é necessário oferecer audiodescrição para os vídeos que transmitam conteúdo visual e não incluem faixas de áudio, possibilitando que as pessoas com deficiência visual também tenham acesso ao conteúdo disponibilizado (BRASIL, 2011). Entretanto,

esse recurso tem os mais baixos percentuais em todos os órgãos federais e estaduais analisados, sendo oferecidos por apenas 65% dos *sites* do Poder Legislativo, 45% do Judiciário e 24% do Executivo.

A transmissão *online* em tempo real de eventos, sessões, palestras e reuniões possibilita ao cidadão exercer de fato o seu direito de cidadania, acompanhando a atuação dos seus candidatos ao longo do mandato, e não apenas durante as eleições. Isso se dá em razão da possibilidade de acompanhar, em tempo real, os acontecimentos da vida política, na íntegra e sem intermediadores, já que, geralmente, tais temas não são colocados em pauta nas mídias tradicionais. No entanto, tal recurso tem um percentual de disponibilização considerável somente nos órgãos do Poder Judiciário (79%), encontrando-se apenas em 45% dos *sites* do Poder Judiciários e em 26% do Executivo.

Assim, tal pesquisa demonstra que, dos itens verificados, apenas a ferramenta de busca está presente na maioria dos sites dos órgãos públicos federais e estaduais. Oposto do que ocorre com a disponibilização de áudio ou rádio web, que tem um baixíssimo percentual em quase todos eles. No que se refere aos demais pontos de análise, percebe-se que não há um padrão, variando os percentuais, ora elevados para alguns órgãos, ora baixos para outros. Além disso, dos órgãos analisados, apenas os que pertencem ao Poder Legislativo apresentam, em sua maioria, todos os recursos pesquisados. Dessa forma, é necessário que os órgãos dos demais poderes ampliem as ferramentas oferecidas por seus sites para que o cidadão tenha acesso ao que procura.

O segundo item a ser analisado encontra-se na categoria D - “Disponibilização de Informação da Internet”. A subdivisão D2, denominada “Proporção de Órgãos Públicos Federais e Estaduais que publicam na *internet*, por tipo de conteúdo publicado” está dividida em 4 subitens: Compras, licitações ou compras eletrônicas; Contas públicas ou prestação de contas; Catálogo de serviços públicos; Lista de salários dos servidores públicos (CGI, 2014, p. 349).

A veiculação de informações referentes aos gastos de cada órgão nos *sites* próprios são analisados em três itens diversos, quais sejam, a divulgação de compras, licitações e compras *online*; a comunicação de contas públicas ou prestação de contas; socialização dos salários dos servidores. De fato, as três espécies de divulgação constituem o que cada instituição despende de recursos financeiros com a sua manutenção, portanto, sua importância deve ser percebida a partir da prevalência dos princípios da publicidade e da eficiência na Administração Pública.

Em referido contexto, as compras, licitações e compras *online*s são divulgadas em 87% dos órgão que formam o poder Executivo, em 96% do conjunto do Poder Judiciário e em 94% dos *sites* do Poder Legislativo. A publicidade das contas públicas exibe as maiores proporções de efetivação, já que 100% das instituições que compõem o Poder Legislativo e 96% dentro do Poder Judiciário apresentam essa informação na Internet, porém, no Poder Executivo, a divulgação de referido dado é efetivada em

apenas 78% dos *sites* institucionais.

No tocante à divulgação dos salários dos servidores, o Executivo é o poder que apresenta o menor índice de divulgação (74%), em contrapartida, o poder Judicário possui a maior proporção de órgão públicos que divulgam a lista com os salários dos servidores (96%) e por fim, o Poder Legislativo publiciza as remunerações em 83% das instituições que o compõem. Assim, a partir da divulgação de referidos dados permite-se que a população fiscalize o respeito às leis orçamentária, os limites impostos às remunerações públicas e a observância dos dispositivos que regulam as licitações, por parte de todos órgãos.

Ademais, analisou-se a proporção na qual são publicizadas as listas dos serviços públicos que podem ser realizados em cada órgão. Nesse sentido, permitir que a população tenha acesso online a referido rol otimizaria a pesquisa do cidadão quando houver demandar a serem solucionadas, uma vez que estará previamente informada a qual instituição recorrer, caso não seja possível uma resolução pela Internet.

Destarte, nos três poderes a divulgação das listas de serviços públicos evidencia-se homogênea, porquanto 77% dos órgãos do poder Executivo, 75% do Poder Judiciário e 74% do Legislativo disponibilizam referido rol. Contudo, todas as instituições precisam dedicar mais atenção a divulgar *online* os serviços de sua responsabilidade, posto que, em relação às publicações na internet, é o dado analisado pela pesquisa com os menores índices.

A partir dos dados apresentados é possível perceber que, em relação à divulgação de informações, todos os órgãos já alcançaram em um nível de desenvolvimento elevado, ou seja, disponibilizam de forma relevante os gastos com compras e licitações, contas públicas, salário dos servidores e catálogo de serviços. Desse modo, permite-se que o cidadão tenha um maior controle das despesas de cada órgão com servidores e manutenção, mormente considerando que todas as instituições públicas são financiadas com os impostos pagos por toda a população.

Por outro lado, ao comparar a disponibilização de informações por parte dos três poderes, infere-se que o Poder Judiciário está mais avançado, divulgando nas maiores proporções todos os tipos de informações analisadas pela pesquisa. Outrossim, o Poder Executivo, embora com uma divulgação considerável, está publicizando em menor escala os gasto de recursos, o que evidencia que, de fato, a adaptação dos órgãos públicos às TIC está ocorrendo lentamente.

Então, ao apreciar os dados referentes a disponibilização de recursos e de informações pelos órgãos públicos em seus *sites*, igualmente verifica-se que, em linhas gerais, existem maiores avanços no que se refere à divulgação de informações. Por consequência, as instituições responsáveis pela gestão devem incentivar e auxiliar os órgãos dos três poderes a também permitir em maior escala o acesso dos cidadãos aos serviços públicos pela Internet, porquanto referidos recursos auxiliariam sobremaneira a efetivação de uma Administração Pública mais participativa.

Por conseguinte, conclui-se que os órgãos públicos federais e estaduais estão se

adaptando à modernização ocorrida na administração pública desde o surgimento dos meios de comunicação digital, mas têm encontrado dificuldades para se adequar às novas exigências. Assim sendo, é compreensível que tal adaptação se dê aos poucos, com uma crescente utilização da internet pelo poder público e a ampliação dos serviços e informações disponibilizados ao cidadão, de tal forma que o governo esteja cada vez mais próximo dos cidadãos, tanto em efetividade dos serviços como em transparência.

5 | CONCLUSÃO

Com a crescente utilização da internet nos diferentes campos da vida em sociedade, além da facilidade e rapidez com que ela possibilita a coleta e a divulgação de informações, percebeu-se a necessidade de adequação da gestão pública a essa nova tecnologia. Tal adequação passa por um processo de modernização que visa a uma administração mais transparente e que atenda melhor às demandas da comunidade. Para efetivar essa mudança, os órgãos do Poder Público tiveram que passar por transformações tecnológicas, as quais incluem o uso das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) e do Governo Eletrônico (e-GOV).

Para que fosse possível a inserção das Tecnologias da Informação e Comunicação, foi necessária a adaptação do ordenamento jurídico a essa nova realidade, sendo imprescindível a criação de amparo legal para as modernas relações e adequação das instituições relacionadas à administração da justiça às novas tecnologias. Ademais, em razão da sua principal característica (interatividade), as TIC têm se tornado grandes aliadas dos governos, visto que a *internet* tem permitido uma maior interação do cidadão com a administração pública, através das redes sociais e dos canais de participação criados pelo Poder Público.

O Governo Eletrônico, que está aliado à intensa adoção das TIC por parte dos órgãos governamentais, surge como uma forma de automação e eficiência dos processos operacionais e administrativos, além da disponibilização de serviços públicos *online*. Através do uso do e-GOV, foi possível ampliar o acesso à informação pública, a participação democrática e a prestação de contas do governo. Tal fato está evidente na pesquisa realizada pelo CGI no Brasil, que demonstra, através de percentuais relativos à disponibilização de serviços públicos e informação nos meios digitais, a gradativa adequação dos órgãos do Poder Público à modernização.

Dessa forma, é inegável que, com a implementação das TIC e do e-GOV, o poder público pode melhorar a qualidade da sua administração, tornando-a mais efetiva, transparente e acessível. Ademais, o conhecimento acerca da administração pública e o acesso a ela implica em cidadãos melhor instrumentalizados, possibilitando maior participação social e políticas mais qualificadas. Assim, para que se obtenha o pleno êxito no uso de tais ferramentas, é necessário que os órgãos públicos continuem a implementar seus serviços e a disponibilizar informações nos meios digitais, para

que, desta forma, as novas tecnologias e suas ferramentas se tornem igualmente acessíveis para todos.

REFERÊNCIAS

BALBE, Ronald da Silva. **Uso de tecnologias de informação e comunicação na gestão pública: exemplos no governo federal**. Brasília: Revista do Serviço Público, 2010.

BRASIL. **Planejamento Estratégico 2012-2015** / Ministério do Planejamento, 2011.

_____. **Modelo de Acessibilidade de Governo Eletrônico – eMAG** / Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/acoes-e-projetos/e-MAG>>. Acesso em: 27 de março de 2015.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia Internet**: reflexões sobre a Internet, os Negócios e a Sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **TIC Governo Eletrônico 2013**: Pesquisa sobre o uso das tecnologias da informação e comunicação no setor público brasileiro. São Paulo, 2014.

IVOSKUS, Daniel. **Vivir Conectados**: Sociedad, política y comunicación en la era digital. Buenos Aires: Grupo Digital Norma, 2008.

PINHO, José Antonio Gomes de. **Investigando portais de governo eletrônico de estados no Brasil**: muita tecnologia, pouca democracia. In.: **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, 2008.

ROVER, Aires José. A democracia digital possível. **Revista Sequência**, Florianópolis, nº 52, jul. 2006.

RUSCHEL, Aírton José; ROVER, Aires José; HOESCHL, Hugo César. **E-gov**: do controle social totalitário à ágora digital e democrática. Florianópolis: UFSC, **Revista Eletrônica Democracia Digital e Governo Eletrônico**, v. 1, n. 1. 2009.

SANTOS, Boaventura da Sousa. Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e informação. **Revista Sociologias**, Porto Alegre, ano 7, nº 13, jan./jun. 2005.

POR QUE PRECISAMOS FALAR SOBRE O PAPEL DO CONSUMIDOR FINAL NA DESTINAÇÃO DOS PRODUTOS NANOTECNOLÓGICOS?¹

Raquel Von Hohendorff

Unisinos, PPGDireito

São Leopoldo- RS

Daniele Weber da Silva Leal

Unisinos, PPGDireito

São Leopoldo- RS

Wilson Engelmann

Unisinos, PPGDireito

São Leopoldo- RS

Cristine Pinto Machado

Unisinos- Graduação em Direito

São Leopoldo-RS

Paulo Júnior Trindade dos Santos

Unisinos, PPGDireito

São Leopoldo- RS

o papel do consumidor, bem como focar este objetivo nas atividades de extensão do grupo de pesquisa JUSNANO junto à comunidade. Usa-se o método sistêmico, pelo qual se busca a análise da problemática proposta de forma enredada e comunicativa, ou seja, contextualizada, inter-relacionada. O avanço das nanotecnologias começa a integrar o cotidiano da sociedade brasileira e mundial. As pesquisas e os produtos que advirão desta intervenção humana exigirão a divulgação das informações ao mercado produtor e consumidor, com a avaliação dos impactos sociais, éticos e regulatórios emergentes, suportados por um modelo de inovação que deverá ser responsável, pois há incerteza quanto aos riscos e danos futuros. Em cada momento do ciclo de vida dos nano produtos deverá ser gerado uma espécie de conhecimento que seja adequado e compreensível pelos sujeitos envolvidos. Como conclusões se pode dizer que os instrumentos fundamentais para uma eficiente organização dos processos de gestão de risco nas sociedades contemporâneas são a participação, o desenvolvimento do significado jurídico da precaução e principalmente, a proteção do direito à informação ambiental.

RESUMO: Com todo o desenvolvimento nanotecnológico surge mais um aspecto a ser observado e digno de preocupação: a potencialização da questão da destinação adequada do lixo, eis que o lixo nanotecnológico não pode ser tratado como qualquer lixo. Objetiva-se fazer a necessária discussão destes aspectos abordando a responsabilidade dos atores integrantes da cadeia de consumo (ciclo de vida) destes materiais- especialmente

¹ Texto originalmente apresentado no evento Sociologyof Law 20176, bem como publicado nos anais do respectivo evento. Resultado do projeto de pesquisa Nanocosméticos e o Direito a Informação: construindo os elementos e as condições para aproximar o desenvolvimento tecnocientífico na escala nano da necessidade de informar o público consumidor, com apoio da FAPERGS.

PALAVRAS-CHAVE: nanotecnologias, riscos, lixo, consumidor.

ABSTRACT: With all the nanotechnological development, there is one more aspect to be observed and worthy of concern: the potentialization of the issue of adequate disposal of waste, hence the nanotechnological waste cannot be treated as any waste. The objective is to make the necessary discussion of these aspects by addressing the responsibility of the actors that are part of the consumer chain (life cycle) of these materials - especially the role of the consumer, as well as to focus this objective on the extension activities of the research group JUSNANO with the community. The systemic method is used, which seeks to analyze the problematic proposal in a tangled and communicative way, that is, contextualized, interrelated. The advance of nanotechnologies begins to integrate the daily life of Brazilian and world society. The research and products that will come from this human intervention will require the dissemination of information to the producer and consumer market, with the assessment of the emerging social, ethical and regulatory impacts, supported by a model of innovation that should be responsible, as there is uncertainty about the risks and future damages. In each moment of the life cycle of the nano products a kind of knowledge must be generated that is adequate and comprehensible by the subjects involved. As a conclusion, the fundamental instruments for an efficient organization of risk management processes in contemporary societies are participation, development of the legal meaning of precaution and, above all, protection of the right to environmental information.

KEYWORDS: nanotechnologies, risks, waste, consumer.

1 | INTRODUÇÃO

O momento atual vivido pela comunidade humana traz novidades e desafios, muitos dos quais sem precedentes e, por isso, com consequências – positivas e negativas – incalculáveis. Sem dúvida, a imaginação criativa humana viabiliza a projeção e o desenvolvimento de artefatos que poderão ser muito úteis, possibilitando uma vida mais confortável. No entanto, o motor da imaginação – que se tem denominado de inovação – tem levado o ser humano a ingressar em campos, desde sempre existentes na natureza, mas acessíveis ao ser humano justamente como decorrência da “inquietante natureza humana”.

A utilização industrial da escala nanométrica vem avançando muito velozmente, mesmo sem que se tenha uma certeza científica sobre a segurança das nanopartículas e sem que a área jurídica tenha construído marco regulatório específico. Com todo este desenvolvimento nanotecnológico surge mais um aspecto a ser observado e digno de preocupação: a destinação adequada destes resíduos (*nanowaste*). Os resíduos nanotecnológicos não poderão ser tratados como qualquer lixo, sendo necessária a discussão à luz da lei de destinação de resíduos sólidos, abordando a questão da logística reversa e da responsabilidade de todos os atores integrantes da cadeia de

consumo destes materiais, especialmente os consumidores finais. Quanto ao tema do *nanowaste*, a OECD publicou em 2016 um relatório intitulado Nanomateriais em resíduos: conhecimentos atuais sobre riscos e impactos, demonstrando preocupação com o assunto e a necessidade de maiores estudos.

O problema de pesquisa pode ser assim definido: Considerando-se a diversidade de produtos com nanotecnologia já em circulação no mercado consumidor e os possíveis riscos destes produtos ao longo de todo o seu ciclo de vida, principalmente a questão da disposição final, existe a necessidade urgente de debatermos o papel dos diferentes atores na destinação final dos resíduos nanotecnológicos, indagando especialmente qual é o papel do consumidor final?

Os objetivos a serem atingidos na pesquisa são: fazer a necessária apresentar do mundo nano, evidenciando suas potencialidades e riscos, especialmente no tocante ao resíduo nanotecnológico e sua destinação; demonstrar a importância da análise do ciclo de vida dos produtos com nanotecnologia, com a avaliação da responsabilidade dos atores integrantes da cadeia de consumo.

A metodologia da pesquisa é a sistêmica, pela qual se busca a análise da problemática proposta de forma enredada e comunicativa, ou seja, contextualizada, inter-relacionada, onde se espera que o pesquisador participe da realidade, interagindo com ela. Assim, permite-se a observação da inter-relação dos fenômenos sociais, pelo fato de o método sistêmico permitir uma observação de segunda ordem.

Como resultados parciais pode-se mencionar que são instrumentos fundamentais para a gestão de risco nas sociedades complexas atuais, a participação, o desenvolvimento do significado jurídico da precaução e principalmente, a proteção do direito à informação ambiental para todos os atores envolvidos ao longo do ciclo de vida dos nanomateriais. A sociedade civil exige ação, não palavras, em relação à nanotecnologia, e já não concorda mais com a simples transferência dos custos financeiros e dos riscos sobre a saúde e meio ambiente para os consumidores.

A relevância da pesquisa deste tema está vinculada à importância do ingresso do Direito no cenário de inovação nanotecnológica, para contribuir no desenho de marco normativo que, por um lado, tenha o foco na saúde e segurança do consumidor, e por outro lado, apresente ferramentas capazes de promover a proteção e o equilíbrio do meio ambiente.

2 | NANOTECNOLOGIAS, DO QUE SE TRATA ISSO? CARACTERÍSTICAS, RISCOS E INCERTEZAS

As nanotecnologias estão em quase todos os setores produtivos, que se encontram disponíveis na atualidade. O que está contido nesta palavra? A manipulação e a produção na escala atômica, ou seja, na bilionésima parte do metro, que equivale à notação científica 10^{-9} . De acordo com o Comitê Técnico 229 da ISO

(*International Organization for Standardization*), a utilização da escala nanométrica pode ser encontrada nos seguintes setores, aqui exemplificativamente apresentados: têxteis, plásticos, embalagens para alimentos, agricultura (SUPPAN, 2015) material de construção, medicamentos, diagnóstico de doença, protetores solares, medicamentos, equipamentos médicos e odontológicos, energia, equipamentos esportivos, equipamentos bélicos e equipamentos eletrônicos (ISO/TC 229, 2017).

Quanto mais larga for a utilização da nano escala na indústria, maior será a quantidade de produtos colocados à disposição do consumidor. Qual o motivo da preocupação? Por meio de equipamentos especializados, em condições de interagir com o nível atômico, se geram produtos com características físico-químicas diferentes daquelas encontradas no seu similar na escala macro. Aliado a esse aspecto, inexiste regulação específica para as nanotecnologias ao longo do ciclo de vida de um nanomaterial. As Ciências Exatas, dentre as quais se sublinha: a Engenharia, a Química, a Física, a Biologia e outras, ainda não conseguiram calibrar a metodologia para a avaliação da segurança dos produtos desenvolvidos à base da nano escala; se desconhece o número de nanopartículas já produzidas pela ação humana, as denominadas nanopartículas engenheiradas. Apesar de tudo isso, já existem muitos produtos desenvolvidos a partir da escala nano – que equivale à medida entre, aproximadamente, 1 e 100 nanômetros (nm). A diversidade de alternativas abertas a partir do acesso humano à escala nanométrica é muito grande e diversificada. Questões relativas à toxicologia, que viabilizam a abertura de uma nova disciplina, a nanotoxicologia, que, por ser uma disciplina ainda nova, não conseguiu estabelecer os parâmetros geradores dos efeitos tóxicos, os quais emergem quando as nanopartículas interagem com o meio ambiente e o organismo humano. Segundo Günter Oberdörster (2014), a nanotoxicologia representa uma disciplina que cresce globalmente para identificar os potenciais riscos da exposição humana e do meio ambiente a nanomateriais, caracterizar mecanismos que desencadeiam efeitos adversos e para elaborar estratégias de testes apropriados *in vivo* e *in vitro*. Apesar deste crescimento, também aumentam as divergências entre conceitos relacionados ao uso de métodos nanotoxicológicos.

Portanto, ainda falta muita pesquisa para se saber os níveis toleráveis, especialmente para o ser humano, de exposição, como fazer a gestão e avaliação dos riscos. Evidencia-se a importância de desenhar os elementos necessários para os sistemas de testes, a partir de cada aplicação da nano escala. Todo esse conjunto exigirá muita atenção por parte do Direito, que é o responsável pela regulação. Parece ser interessante observar como operacionalizar a chamada “autorregulación normativa y derecho en la globalización”, pois, segundo M. Mercè Darnaculleta i Gardella: “[...] en la sociedad global del riesgo, sin embargo, el aumento de la complejidad, la especialización y la tecnificación de las cuestiones sobre las que tiene que pronunciarse el Derecho están transformando por completo estas instituciones (El Estado, el Derecho y las instancias con facultades para adoptar decisiones jurídicamente vinculantes).

[...]"(GARDELLA, 2015, p. 197). As novidades são geradas no âmbito das Ciências Exatas, mas estão promovendo reflexos e transformações no Direito e na concepção acerca das suas fontes de expressão.

Neste panorama, destacam-se diversas características das nanotecnologias, tais como: as propriedades incomuns de nanopartículas são principalmente baseadas em seu tamanho em nano escala e sua área de superfície. À medida que o tamanho de uma partícula diminui e se aproxima da nano escala, muitas propriedades começam a mudar em comparação com o mesmo material no seu tamanho macro. Cita-se, como exemplo, a cor e a temperatura de fusão do ouro, as quais são muito diferentes em nano escala que em ouro convencional. Os efeitos tóxicos de materiais que se mostram como inertes na escala macro, também são muito diferentes na escala nano. Como a área de superfície de partículas aumenta uma maior proporção dos seus átomos ou moléculas começar a ser exibida na superfície, em vez de o interior do material. Existe uma relação inversa entre o tamanho das partículas e o número de moléculas presente na superfície da partícula. O aumento na área de superfície determina o número potencial de grupos reativos sobre a partícula. A alteração das propriedades físico-químicas e estruturais das nanopartículas com uma diminuição do tamanho poderá ser responsável por uma série de interações materiais que podem levar a efeitos toxicológicos. Aí o cenário para a nanotoxicologia. Esses fenômenos deverão ser comunicados aos consumidores. Como fazê-lo? Como transformar a linguagem técnica em comunicação comprehensível? Existe alguma preocupação ética no desenvolvimento das pesquisas pelas Ciências Exatas? São questões que não estão sendo devidamente tratadas pelas empresas que produzem a partir da nano escala e vendem os seus produtos no mercado consumidor.

Outro ponto importante a ser investigado: os riscos. Eles existem e estão sendo destacados por pesquisas científicas publicadas em revistas qualificadas de diversas áreas, relacionadas a diversos nanomateriais como os nanotubos de carbono e a nanopraça. Esse último é um dos nanomateriais engenheirados (aqueles produzidos a partir da ação humana) mais comuns usados em produtos para o mercado consumidor. Tem uma relevante atividade bactericida (QUIÑONES- JURADO et al , 2014, p. 896) e baixo custo de produção. No entanto, apresenta mecanismos de toxicidade (MARQUES et al., 2013, p. 55; LEE et al., 2007, p.140), aspecto que não está recebendo a devida atenção pelos fabricantes ou, pelo menos, esse “detalhe” não aparece em nenhum rótulo ou material de divulgação. A nano prata, por exemplo, é utilizada na linha branca de eletrodomésticos, bebedouros, aparelhos de ar condicionado e outros itens de uso e contato diário pelo consumidor. Estes estudos ratificam a necessidade de um crescente cuidado com a saúde e a segurança do ser humano e a atenção com o meio ambiente.

3 I NANOTECNOLOGIAS- CICLO DE VIDA: A IMPORTÂNCIA DA OBSERVÂNCIA DOS PAPEIS DOS DIFERENTES ATORES AO LONGO DO CICLO, PRINCIPALMENTE NA DESTINAÇÃO FINAL

Para lidar com as novidades trazidas pela nano escala, especialmente na área de alimentos e embalagens (e aqui a preocupação com as questões do lixo e sua destinação final), será fundamental iniciar um trabalho sério por meio da chamada “avaliação e gestão dos riscos” (NOWACK, 2012, p.50).

Esse tema deverá ingressar na seara jurídica, buscando-se a aprendizagem já gerada na área da Administração, devendo iniciar no laboratório, onde as pesquisas são especificadas, passar pelo setor industrial, e, finalmente, chegar ao mercado consumidor, ao uso e descarte, ou seja, atingindo a integralidade do ciclo de vida de um nano material.

A avaliação e a gestão dos riscos dos produtos nanotecnológicos não é possível dissociada da avaliação dos produtos ao longo de todo o seu ciclo de vida, inclusive e principalmente considerando a destinação final. As inúmeras embalagens dos produtos que contém nanotecnologias podem ser fontes muito importantes de contaminação ambiental, basta verificar-se ao longo da história recente da humanidade o grande problema das embalagens de agrotóxicos, por exemplo, e de medicamentos. Muitos contaminantes chegam aos cursos de água e ao ambiente através da destinação inadequada das embalagens.

Muito pouco hoje é conhecido acerca do comportamento ambiental e os efeitos da liberação de nanopartículas, embora estes sejam materiais que já se encontram efetivamente presentes no ambiente. Mais pesquisas são necessárias para determinar se a liberação e os processos de transformação resultam em um conjunto de nanopartículas similar ou mais diversificada e, finalmente, como isso afeta o comportamento ambiental (NOWACK et al., 2012).

Outro aspecto que tem gerado preocupação é o destino final destes materiais com nanotecnologia quando do fim de seu ciclo. Estes materiais podem não ser biodegradáveis e assim, permaneceriam no ambiente, interagindo com outros materiais. Este risco em potencial já está causando preocupação dos países em desenvolvimento para onde os resíduos contendo nanomateriais podem ser exportados (FAO/WHO, 2012). A avaliação do ciclo de vida está diretamente vinculada, e vice-versa, com a avaliação do risco das nanopartículas.

Ao realizar-se a revisão da literatura percebe-se que a comunidade científica ainda é muito carente de pesquisas voltadas aos riscos das nanotecnologias, bem como as suas considerações sociais e regulatórias. O desenvolvimento de técnicas de avaliação nanotoxicológica e análise do ciclo de vida dos produtos são imprescindíveis para que se desfrute dos benefícios desta tecnologia com segurança e proteção do patrimônio ambiental das atuais e futuras gerações.

Há uma necessidade de um conhecimento coletado e melhor dos impactos ambientais dos nanoproductos. O acesso a informações confiáveis sobre ciclo de vida é uma questão fundamental para que se possa decidir como os produtos devem ser concebidos, utilizados e manipulados quando se tornarem lixo. As informações relevantes também são importantes para os profissionais que lidam com estes materiais e os consumidores, bem como para aqueles que lidam com os resíduos. De igual forma, uma avaliação dos resíduos gerados pelos processos de produção de nanotecnologia é necessária e deve incluir a atenção aos de resíduos provenientes de instalações de produção de nanomateriais que podem impor novas pressões sobre os sistemas ambientais. (ROCO et al, 2011, p. 169). Para tanto, a geração de dados é crucial, mas também se faz necessária uma visão mais holística a fim de melhorar o conhecimento do impacto ambiental a partir destes produtos, e melhorar a difusão deste conhecimento para todos os diferentes atores envolvidos ao longo de todo o ciclo de vida dos nanoproductos (FLEMSTRÖM et al., 2004).

O avanço responsável da nanotecnologia depende da capacidade científica confiável para acesso e gerenciamento dos riscos e à tomada de decisões no âmbito governamental, buscando levar em consideração os impactos sociais que a tecnologia poderá gerar na sociedade global.

No entanto, a utilização das nanotecnologias sem uma avaliação adequada dos riscos e de uma gestão adequada destes riscos pode configurar-se em caminho como o do amianto, dos transgênicos e dos aerossóis, onde a comercialização passou muito à frente da avaliação ambiental holística dessas tecnologias.

Os benefícios potenciais das nanotecnologias ainda não foram devidamente avaliados em relação ao potencial de riscos à saúde humana e ecológica. A análise do ciclo de vida dos produtos já tem sido reconhecida como uma ferramenta capaz de realizar uma avaliação ambiental, holística e assim, a pesquisa realizada Gavankar e colaboradores demonstra que o número de estudos sobre o ciclo de vida de nanoproductos vem aumentando, embora um olhar mais atento revela que muitos desses estudos não cobrem todo o ciclo de vida dos nanomateriais ou nanoproductos (GAVANKAR et al., 2012, 298).

As nanotecnologias e os nanomateriais têm sido promovidos como tendo o potencial de trazer benefícios para muitas áreas de pesquisa e contribuir positivamente para o desenvolvimento sustentável. Como tal, este campo de rápido crescimento está aumentando e atraindo cada vez mais investimentos de governos e empresas no mundo todo. Ao mesmo tempo, reconhece-se que as aplicações dos nanomateriais podem representar um risco para a saúde humana e para o meio ambiente.

Há um consenso geral de que o potencial para a saúde e os riscos ambientais dos nanomateriais devem ser avaliados ao longo de todo seu ciclo de vida. Cada vez mais são necessários estudos que analisem a aplicação da avaliação do ciclo de vida, a avaliação de riscos e a análise de fluxo de substância para nanomateriais e nanoproductos.

O desenvolvimento de técnicas de monitoramento e diagnóstico de nanomateriais (objetivando ampliar os conhecimentos na área nanotoxicológica e sobre o ciclo de vida destes materiais) bem como para se determinar formas apropriadas, sustentáveis e seguras de produção (incluindo manejo de resíduos), é imprescindível para que se possa desfrutar das benesses das nanotecnologias com segurança e objetivando a proteção (ENGELMANN, MACHADO, 2013, p.50) do meio ambiente para as atuais e futuras gerações.

Especificamente, a implementação de práticas responsáveis de gestão de risco pelos reguladores, organizações não-governamentais, cientistas, seguradoras e talvez o mais importante de tudo, as empresas em todas as fases do ciclo de vida das nanotecnologias, será fundamental para preencher a lacuna de governança e garantir a segurança da pesquisa, desenvolvimento, fabricação, distribuição, utilização e eliminação dos produtos da nanotecnologia (ABBOTT, 2008, p:482).

A questão/gestão dos riscos das nanotecnologias segue em discussão nas mais diferentes áreas de conhecimento, tanto que recente documento do congresso norte americano, elaborado por um especialista em políticas de ciência e tecnologia, menciona que os potenciais riscos ambientais, à saúde e de segurança das nanopartículas em humanos e animais dependem em parte de seu potencial para se acumular, especialmente em órgãos vitais como os pulmões e cérebro, que pode ferir ou matar, e para se difundir no meio ambiente e potencialmente prejudicar os ecossistemas (SARGENT JR, 2016).

Ainda, menciona o referido estudo que há uma incerteza generalizada sobre as potenciais implicações das nanotecnologias na saúde, meio ambiente e segurança. Uma pesquisa com líderes empresariais no campo da nanotecnologia indicou que quase dois terços acreditam que “os riscos para o público, a força de trabalho, e para o ambiente devido à exposição a partículas nano ainda não são conhecidos”, e 97% acreditam que isso é muito ou pelo menos é importante para que o governo para aborde os efeitos potenciais à saúde e riscos ambientais que podem estar associados com a nanotecnologia (SARGENT JR, 2016).

Os estudos sobre os efeitos tóxicos de todas as novidades nanotecnológicas ainda são incipientes. No entanto, tal lacuna parece não causar nenhuma preocupação, pois as pesquisas continuam, com destaque para os aspectos positivos. No tocante às nanotecnologias, a ausência de estudos conclusivos é igualmente deficitária: não há uma metodologia padrão, não se sabe quais os níveis de substâncias nanoparticuladas são toleráveis pelo organismo humano, qual o seu efeito em relação ao contato com o meio ambiente e não se tem um inventário seguro para saber quantas e quais são as nanopartículas que as pesquisas já criaram, o seu caráter mutacional é bastante grande e intenso.

As nanopartículas são um exemplo das produções humanas que sinalizam o pouco controle humano sobre elas. Vale dizer, os cientistas estão criando cada vez mais “coisas” em nanoescala, que se transmutam logo a seguir, mas as pesquisas e

as criações continuam. Parece algo extremamente irracional esta continuidade, sem que se saiba para onde toda esta “produção” alicerçada na criatividade humana está sendo canalizada.

4 | A NECESSÁRIA PARTICIPAÇÃO PÚBLICA NOS DEBATES SOBRE NANOTECNOLOGIA

Considerando que os governos e o setor privado têm investido fortemente nesta nova indústria, organizações da sociedade civil (especificamente ambientais, trabalhistas e de consumo) levantaram questões sobre os potenciais riscos e incertezas associados com materiais fabricados na nova escala molecular. Assim, na medida em que os nanomateriais devem ter níveis mais elevados de supervisão regulatória tornou-se uma questão política controversa entre as organizações da sociedade civil e a indústria química. A União Europeia incentiva e institucionaliza a participação de organizações de consumidores, ambientais e de trabalhadores na gestão da nanotecnologia e entrevistas com líderes das organizações da sociedade civil mostraram que eles identificaram vários problemas com a política de nanotecnologia, mas estas entrevistas demonstraram apenas um sucesso limitado no sentido de expor as mudanças que estes líderes procuravam.

Argumenta-se que o envolvimento formal das partes interessadas não é muito eficaz e sugerem-se, ao invés disso, a importância da criação de alianças com atores do governo, mobilizações populares, fazendo com que a questão seja salientada para o público, e prosseguindo com a gama de repertórios institucionais (LAMPROU, HESS, 2016, p. 38).

A Dr. Angela Hullmann (2008) relata que o desenvolvimento tecnológico apenas pode evoluir com a participação dos diferentes atores sociais e a discussão acerca dos potenciais riscos e benefícios das nanotecnologias para a sociedade.

Os riscos sociais relacionados e os resultados incertos de inovação são, portanto, sujeitos de tentativas de avaliar as oportunidades e os riscos de trabalho com novas opções de tecnologias emergentes. Além disso, existem expectativas dos contribuintes para relevantes e aceitáveis investigações e inovações que tem sido financiadas com dinheiro público, e assim, os benefícios correspondentes devem ser, portanto, no interesse da sociedade. Ainda, uma conduta responsável de inovação também pode ser prudente para os atores porque a aceitação pública das novas tecnologias pode ser visto como um pré-requisito para os produtos e serviços comercializáveis e, portanto, para os benefícios econômicos e amortização dos investimentos (LINGERT, WECKERT, 2016, p. 174).

Os debates recentes na UE e em outros lugares demonstram que a evolução da ciência e da tecnologia não ocorrem independentemente da sociedade. Vários atores com diferentes pontos de vista estão a moldar o processo e parece muito provável

que algumas aplicações da nanotecnologia irão levantar preocupações éticas, legais e sociais significativas.

Isso resulta em uma série de questões importantes sobre o futuro da tecnologia: O que a sociedade vai parecer quando a nanotecnologia se tornar popular. Será que os produtos serão rentáveis? Existem quaisquer impactos ambientais ou de saúde negativos? Quem controla o uso da nanotecnologia? Como lidar com a responsabilidade? Quem será o beneficiário da tecnologia ou dano? Quais são os problemas éticos? (HOVEN, 2013).

Os impactos éticos, legais e sociais da nanotecnologia compreendem uma ampla gama de temas que estão relacionados com a pesquisa, produção e uso de nanotecnologia e produtos proporcionados pelas nanotecnologias. Eles cobrem questões de privacidade, a aceitação, a saúde humana, o acesso, a responsabilidade, a regulação e controle (HOVEN, 2013) A difusão de informação a um vasto público, multiplicadores e grupos-alvo específicos e fóruns de discussão entre as partes interessadas em nanotecnologias, os decisores políticos e o público fazem parte de uma abordagem geral de pesquisa e inovação responsáveis.

A dimensão social da pesquisa em nanotecnologia é uma parte importante da integradora abordagem responsável e segura seguida pela Comissão Europeia, já definidas na Estratégia Europeia sobre Nanotecnologias (2004), desenvolvida no Plano de Ação em nanotecnologia (2005) e seguida pelo primeiro Relatório de Implementação do Plano de Ação (2007). Nestas comunicações da Comissão afirma-se claramente que as nanotecnologias devem ser desenvolvidas de forma responsável, dentro de um debate aberto que envolve o público e que permite às pessoas interessadas para chegar ao seu próprios julgamentos informados e independentes (HULMANN, 2008).

O Congresso norte americano manifestou a sua crença na importância do engajamento do público na 21st Century Nanotechnology Research and Development Act de 2003. O ato chama por sugestões do público para serem integradas nos esforços da Iniciativa Nacional de nanotecnologia. A Iniciativa Nacional de nanotecnologia tem procurado promover a compreensão do público através de uma variedade de mecanismos, incluindo documentos escritos, palestras, um portal de informação baseado na web (nano.gov), educação informal, e promovido esforços para estabelecer diálogos com as partes interessadas e o público em geral. Também foi criado um grupo de trabalho denominado de Engajamento Público e Comunicações em Nanotecnologia para desenvolver abordagens através das quais a iniciativa nacional de nanotecnologia pode se comunicar de forma mais eficaz com o público (SARGENT JR, 2016).

E essa comunicação passa pelo direito de informação. Os impactos ou aspectos sociais, legais e ambientais do uso das nanotecnologias perpassam também pelo direito à informação do consumidor e pelo dever de informar do produtor. E o direito à informação do consumidor passa, obrigatoriamente, pelo conhecimento do que fazer com a embalagem final, qual o destino adequado ao resíduo final.

O avanço das nanotecnologias, num conjunto crescente de aplicações, começa a integrar o cotidiano da sociedade brasileira e mundial. Por outro lado, as pesquisas e os produtos que advirão desta intervenção humana nas forças naturais exigirão a divulgação das informações ao mercado produtor e consumidor, pois há, inclusive, previsão constitucional deste direito fundamental, qual seja, o “direito à informação”, como um direito subjetivo que nasce com o dever subjetivo do empresário: o “dever de informar”. E o dever de informar do produtor também deve ser estendido ao destino do produto final, ou seja, cabe ao produtor informar ao consumidor que aquela embalagem deve ser descartada adequadamente.

Todos acabam sendo consumidores de “nano produtos”. No entanto, uma pequena parcela destes “todos” sabe alguma coisa sobre as nanotecnologias. Portanto, aí se desenha um importante espaço para o alinhamento dos contornos do chamado “direito à informação”. No entanto, não basta somente isso. A informação deverá vir acompanhada de educação. É insuficiente colocar uma série de informações no rótulo ou na propaganda do produto. Será necessário educar o consumidor para ler e interpretar, conhecer e compreender o seu conteúdo. O pleno exercício do direito à informação, que é do consumidor, depende de um aspecto preliminar: a prática do dever de informação, que é do fabricante e do comerciante. Assim, se tem uma reciprocidade e complementariedade entre direito e dever, os quais assumem importância peculiar no caso das nanotecnologias.

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo (2011, p. 540) “cumpre-se o dever de informar quando a informação recebida pelo consumidor típico preencha os requisitos de adequação, suficiência e veracidade. Os requisitos devem estar interligados. A ausência de qualquer deles importa descumprimento do dever de informar.” Tudo indica que não há exagero nesta composição do dever de informação, pois quem está na origem da produção conhece – ou, pelo menos, deveria conhecer – a composição do produto, além de especificar os seus riscos e responsabilizar-se pela sua gestão. Dentro do possível, assegurando o segredo industrial, o conteúdo da informação precisa ser disponibilizado ao destinatário – o consumidor – de forma clara e comprehensível. Indo um pouco mais longe: o fabricante deveria desencadear formas de ensinar o seu consumidor a fazer a melhor escolha do produto.

O “direito de saber” como a estrutura central do “direito à informação”, que é destinado à sociedade, e do “dever de informação”, dirigido ao pesquisador e empresário, deverá ser perspectivado desde o trabalho com a matéria-prima, ou seja, a produção material em estado bruto, onde se terá a exposição direta do trabalhador, além das emissões industriais. Este conjunto já atinge a população humana e o meio ambiente. Os produtos manufaturados vão ao mercado consumidor, onde eles são adquiridos, com a exposição dos consumidores, isto é, toda a sociedade. A terceira etapa é aquela onde os produtos serão descartados, incluindo as embalagens, que irão aos grandes espaços de depósito do lixo e incineração, onde teremos nova exposição dos trabalhadores e, concomitantemente, a população humana e o meio ambiente.

Neste pequeno e singelo exemplo de ciclo de vida de um produto com nanopartícula mostra as diversas formas de exposição, onde se exigirá o conhecimento do que se está manipulando e quais os riscos. Assim, “a informação, ao passar conhecimentos, vai ensejar da parte do informado a criação de novos saberes, através do estudo, da comparação ou da reflexão.” (MACHADO, 2006, p. 9).

A sociedade civil exige ação, não palavras, em nanotecnologia. Com este título, uma publicação (CIEL, 2016) de abril de 2016, assinada por um grupo de organizações não governamentais, grupos de consumidores e organizações de pesquisa, manifestou decepção com o fracasso continuado da Comissão Europeia em propor medidas adequadas para a coleta e publicação de informações sobre os nanomateriais no mercado europeu. Após um processo de avaliação de impacto, que durou vários anos, e mesmo antes de sua finalização e aprovação, a Comissão decidiu contra um registro de nanonanomateriais na Europa. Dolores Romano, membro da política oficial de Produtos Químicos, disse: “Um registro é chave para o desenvolvimento e aplicação de regulamentos que regem os nanomateriais para proteger o meio ambiente e a saúde dos trabalhadores e dos cidadãos. A plataforma de informação voluntária nunca pode substituir um registro obrigatório. Isso ajudaria a gerar novas informações e permitir que os nanomateriais fossem rastreáveis, permitindo assim o uso seguro deles e dar aos cidadãos uma escolha informada. Ainda no manifesto, David Azoulay, advogado sênior do Centro para Direito Ambiental Internacional comentou: “Desde o fracasso em adotar o quadro REACH para garantir a cobrança efetiva de dados sobre os nanomateriais à recusa de publicar o catálogo de nanomateriais utilizados em cosméticos na europa, a Comissão tem consistentemente falhado no seu dever de recolher e disponibilizar informações sobre os nanomateriais para o público e os reguladores., e Sylvia Maurer, diretora de sustentabilidade e de Segurança da Organização Europeia dos Consumidores acrescentou: “A Comissão recusa-se, infelizmente, a impor quaisquer custos à indústria para a coleta e fornecimento de informações sobre os nanomateriais. Em vez disso, optou por transferir os custos financeiros os riscos sobre a saúde e meio ambiente para a sociedade e os consumidores” (CIEL, 2016).

O cerne do “direito de saber” é justamente este conhecimento mínimo sobre os progressos científicos que são gerados nos laboratórios e, muitas vezes, fomentados pelo próprio Estado, por meio de seus órgãos de fomento (CAPES, CNPq, FINEP, FAPERGS, entre outros). Em cada momento do ciclo de vida dos nano produtos deverá ser gerado uma espécie de conhecimento que seja adequado e compreensível pelos sujeitos envolvidos (ENGELMANN, 2015, p. 360).

Aqui se pode mencionar o papel do grupo de Pesquisa JUSNANO, que tem levado, através de atividades de extensão, conhecimento acerca de nanotecnologia a diferentes públicos, com materiais de fácil compreensão e atrativos. Assim, ressalta-se o trabalho desenvolvido pelo grupo de pesquisa JUSNANO, que vem divulgando o conhecimento sobre as nanotecnologias, bem como a importância da pesquisa e da participação do Direito nesta área de fronteira, demonstrando a necessidade de

um pensar e agir transdisciplinar, de modo a favorecer e fortalecer o debate com as demais áreas do conhecimento preocupadas com a Revolução Científica em escala nanométrica.

É preciso que as informações decorrentes do estudo dos riscos tenham ampla divulgação e estejam disponíveis para a sociedade, para que os atores envolvidos diretamente nas decisões sobre a limitação da nanotecnologia e a sociedade civil tenham melhores condições frente aos desafios surgidos com esta nova tecnologia. A gestão dos riscos naturais, tecnológicos ou sociais solicita a multiplicação de atores e não pode ser colocada somente em termos técnicos ou estritamente securitários. As negociações devem envolver agências multilaterais, governos dos estados, empresas, associações ou grupos de pressão e a sociedade em geral, de modo a esclarecer os fatos que desencadeiam os riscos e determinar as condições para seu enfrentamento (ZANIRATO et al., 2008). Os instrumentos fundamentais para uma eficiente organização dos processos de gestão de risco nas sociedades contemporâneas são a participação, o desenvolvimento do significado jurídico da precaução e principalmente, a proteção do direito à informação ambiental, de qualidade.

No entanto, onde as tecnologias estão sendo comercializadas ao mesmo tempo em que a sua segurança está sendo pesquisada, há uma necessidade de linhas claras de comunicação entre cientistas, usuários, jornalistas e outros formadores de opinião. Caso contrário, de que outra forma é que as pessoas vão saber quais as perguntas que devem fazer e como podem estar sendo enganadas? (MAYNARD, 2016). E aqui fica ainda o questionamento que perpassa por todo o texto: como, sem saber, os consumidores finais poderão dar a destinação adequada aos resíduos nanotecnológicos?

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há hoje, conhecimento disponível para definir todos os possíveis riscos associados aos nanomateriais, e assim, se torna necessária e imprescindível a gestão dos riscos para que as decisões possam objetivar a redução deles.

Esta é a encruzilhada que se desenha para o Direito e as demais áreas do conhecimento envolvidas com a Revolução Nanotecnocientífica, ou seja, encontrar alternativas seguras e responsáveis para lidar com o presente-futuro da vida de todos os seres vivos sobre a face da Terra, permitindo o aproveitamento saudável das contribuições científicas produzidas pela inteligência humana. Embora não se possa “conhecer” todos os resultados possíveis associados aos nanomateriais e nanotecnologias, é importante que as decisões sobre o desenvolvimento da nanotecnologia sejam orientadas para a redução do risco (DANA, 2012).

O “direito de saber”, ou o “direito de ser informado”, integra o planejamento da sociedade inscrito na essência do Estado Democrático de Direito. Se os integrantes do

Sistema Social tiverem um mínimo de conhecimento sobre o tema das nanotecnologias, irão construir laços mais significativos para o engajamento público. Quem sabe participa. Por isto, quem detém o conhecimento tem o “dever” de partilhá-lo com todos aqueles envolvidos no ciclo de vida que vai desde a matéria-prima até o descarte final de algum objeto que contenha partículas nanoescalares.

Cabe lembrar que uma proposição de uma responsabilidade por danos, não abandonou o passado para se pensar o presente e projetar o futuro, pois como menciona Fachin (2008, p. 263) não é possível pensar no futuro olvidando-se o presente e apagando o passado. O ser humano, individual e coletivamente, se faz na história de seus caminhos e na vida em sociedade, à luz dos valores que elege, por ação ou omissão, para viver e conviver.

Há que se pensar em uma ética da responsabilidade para o futuro que pretende uma “nova” responsabilidade, não só direcionada aos fatos pretéritos, mas, principalmente, aos futuros danos, em uma exigência de prevenção e de precaução que recai sobre a humanidade futura, sempre levando em consideração o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que aqui, no caso dos consumidores de produtos nanotecnológicos passa pela possibilidade de exercício do Direito à Informação, que permitirá, por sua vez, não apenas um direito de escolha sobre o consumo de produtos com nanotecnologias, mas também pelo seu papel na destinação adequada dos resíduos finais.

A dificuldade inicial de se apurarem os danos futuros que possam advir de um produto nano colocado no mercado não pode servir de obstáculo ao dever de o empresário assumir qualquer responsabilidade, seja preventiva ou não. Precisa-se admitir que onde há tecnologia há risco e caberá às pessoas decidir quais riscos estarão dispostas a correr quando se utilizarem das nanotecnologias.

REFERÊNCIAS

ABBOTT, K.W. Soft Law Oversight Mechanisms for Nanotechnology, **Jurimetrics J.**, 2008, 52, 279 e BOWMAN, D; HODGE, G. Governing Nanotechnology without Government, **Sci. Pub. Pol'y**, 2008, 35, 476, 479-84.

CIEL. Civil society demands action, not words, on nanotechnology. Disponível em :<http://www.nanowerk.com/nanotechnology-news/newsid=43239.php?utm_content=bufferfc321&utm_medium=social&utm_source=facebook.com&utm_campaign=buffer>. Acesso em: 10 mar. 2018.

CURRENT AND POTENTIAL FUTURE LIAISONS OF ISO/TC 229 (source: ISO/TC 229 overview by Peter Hatto, Chairman of **ISO/TC 229**). Disponível em:< <file:///C:/Users/Wilson/Downloads/TC%20229.pdf> > Acesso em:09 mar. 2018.

DANA, David A. **The Nanotechnology Challenge**: creating legal institutions for uncertain risks. New York: Cambridge University Press, 2012.

ENGELMANN, Wilson. O “direito de ser informado” sobre as possibilidades e os riscos relacionados às nanotecnologias: o papel do engajamento público no delineamento de um (novo) direito/dever

fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang, COELHO, Alexandre Zavaglia P. (Org.). **Direito, inovação e Tecnologia**. São Paulo: Saraiva, 2015.

ENGELMANN, Wilson; MACHADO, V. S. Do Princípio da Precaução à Precaução como Princípio: construindo as bases para as nanotecnologias compatíveis com o meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, v. 69, 2013.

FACHIN, Luiz Edson. O futuro do Direito e o direito ao futuro. **Revista OAB-RJ**, v.24, p. 261-274, 2008.

FAO/WHO-. Food and Agriculture Organization of the United Nations/World Health Organization, **Seminar on Nanotechnologies in food and agriculture** Roma, 27 Mar. 2012. Disponível em: http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/agns/news_events/Nano_Seminar_Agenda_FINAL.pdf. Acesso em: 07 mar. 2018.

FLEMSTRÖM, Karolina; CARLSON, Raul; ERIXON, Maria. **Relationships between Life Cycle Assessment and Risk Assessment. Potentials and Obstacles**. Industrial Environmental Informatics (IMI), Chalmers University of Technology NATURVÅ.2004. Disponível em :<[www.naturvardsverket.se/bokhandeln](http://naturvardsverket.se/bokhandeln)>. Acesso em: 10 mar. 2018.

GARDELLA, M. MercèDarnaculleta i. Autorregulación Normativa y Derecho en la Globalización. IN: GARDELLA, M. Et al. **Estrategias del Derecho ante la Incertidumbre y la Globalización**. Madrid: Marcial Pons, 2015.

GAVANKAR, Sheetal; SUH, Sangwon Suh; KELLER, Arturo F. Life cycle assessment at nanoscale: review and recommendations. **Int J Life Cycle Assess** (2012) 17:295–303.

HOVEN, Van den et al. **Options for strengthening responsible research and innovation**. (2013) Disponível em:<European Commission Report. https://ec.europa.eu/research/swafs/pdf/pub_public_engagement/options-for-strengthening_en.pdf>Acesso em: 10 mar. 2018.

HULLMANN, Angela. **European activities in the field of ethical, legal and social aspects (ELSA) and governance of nanotechnology**. 2008. Disponível em <<http://cordis.europa.eu/nanotechnology>> Acesso em: 21 mar. 2018.

LAMPROU, Anna; HESS, David J. Finding Political Opportunities: Civil Society, Industrial Power, and the Governance of Nanotechnology in the European Union. **Engaging Science, Technology, and Society** 2 (2016), 33-54.

LEE, Kerry J. et al. *In vivo* imaging of transport and biocompatibility of single silver nanoparticles in early development of zebrafish embryos. IN: **American Chemical Society Nano**, vol. 1, n. 2, p. 133-143, 2007.

LINGER, Stephan; WECKERT, John. Nanoscale-Technologies as Subjects of Responsible Research and Innovation. **Nanoethics** (2016) 10:173–176.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Informação como Direito Fundamental do Consumidor. IN: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). **Doutrinas Essenciais. Direitos do Consumidor**. São Paulo: RT, 2011, vol. III, p. 527-82. Edições Especiais.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à Informação e Meio Ambiente**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARQUES, Bianca Fell et al. Toxicological effects induced by the nanomaterials fullerene and nanosilver in the polychaeta *Laeonereis acuta* (Nereididae) and in the bactéria communities living at their surface. IN: **Marine Environmental Research**, v. 89, p. 53-62, 2013.

MAYNARD, Andrew. **Não falamos mais sobre riscos da nanotecnologia, mas isso não significa**

que eles desapareceram. Disponível em :<<http://nanotecnologiasociedade.weebly.com/blog/nao-falamos-mais-sobre-riscos-da-nanotecnologia-mas-isso-nao-significa-que-desapareceram-por-andrew-maynard>> Acesso em: 10 abr. 2018.

NEL, André. Et al. Nanotechnology Environmental, Health, and Safety Issues. In: ROCO, Mihail C.; MIRKIN, Chad A.; HERSAM, Mark. **Nanotechnology Research Directions for Societal Needs in 2020**. Retrospective and Outlook. New York: Springer, 2011.

NOWACK, Bernd et al. Potential scenarios for nanomaterial release and subsequent alteration in the environment. IN: **Environmental Toxicology and Chemistry**, v. 31, n. 1, p. 50-59, 2012.

OBERDÖRSTER Günter. Trabalho apresentado no **7º International Nanotoxicology Congress**, NanoTox 2014, April 23-26, Antalya – Turkey.

QUIÑONES-JURADO, Zoe Vineth et al. Silver nanoparticles supported on TiO₂ and their antibacterial properties: effect of surface confinement and nonexistence of plasmon resonance. IN: **Materials Sciences and Applications**, 5, p. 895-903, 2014.

SARGENT JR., John. **Nanotechnology: A Policy Primer**. June 28, 2016. Congressional Research Service. Disponível em :<<https://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL34511.pdf>> Acesso em: 10 mar. 2018.

SUPPAN, Steve. **No Small Task: Generating Robust Nano Data**. Posted July 16, 2015. Disponível em: <<http://www.iatp.org/blog/201507/no-small-task-generating-robust-nano-data>> Acesso em: 09 mar. 2018.

ZANIRATO, Silvia Helena. Et al. **Sentidos do risco: interpretações teóricas revista bibliográfica de geografia y ciências sociales**. Barcelona: Universidad de Barcelona, v. XIII, n. 785, Maio 2008.

A GESTÃO ESCOLAR E A PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Ane Patrícia de Mira

Unisinos – PPG em Educação

São Leopoldo/ RS

Paulo Fossatti

Unilasalle – PPG em Educação

Canoas/ RS

humanizador. O que na conjuntura escolar é um desafio devido às demandas legais e do que a sociedade espera da ação educativa da escola.

PALAVRAS-CHAVE: Gestão Escolar; Direitos Humanos; Educação Humanizadora.

ABSTRACT: Our research has as theme the promotion of human rights from the intervention of the humanizing school management, as a challenge of this management. As an objective, we propose an investigation that analyzes the responsibility of school management in promoting the human rights of educational subjects. In order to reach our goal, we consider documents at the international level - UN and UNESCO - and frameworks of Brazilian legislation for education. Besides these, we obtained the data in the literature that deals with the school management. The methodology used is the qualitative research, with literature review, of an interpretive nature, based on the technique of content analysis according to Bardin (2016). The research results point to the responsibility of school management as a promoter of human rights. While findings from the master's research in progress, the conclusive approximations indicate the need for a school management committed / engaged in the humanizing educational project. What in the school environment is a challenge due to legal

RESUMO: Nossa pesquisa tem como tema a promoção dos direitos humanos a partir da intervenção da gestão escolar humanizadora, enquanto desafio dessa gestão. Como objetivo, propomo-nos a uma investigação que analise a responsabilidade da gestão escolar na promoção dos direitos humanos dos sujeitos educativos. A fim de atingirmos nosso objetivo, consideramos documentos no âmbito internacional – ONU e UNESCO – e marcos da legislação brasileira para a educação. Além desses, obtivemos os dados na literatura que versa sobre a gestão escolar. A metodologia utilizada é a pesquisa qualitativa, com revisão da literatura, de caráter interpretativo, e que teve por base a técnica da análise de conteúdo segundo Bardin (2016). Os resultados da investigação apontam para a responsabilidade da gestão escolar enquanto promotora dos direitos humanos. Enquanto achados da pesquisa de mestrado em andamento, as aproximações conclusivas indicam a necessidade de uma gestão escolar comprometida/ engajada no projeto educativo

demands and what society expects from the educational action of the school.

KEYWORDS: School management; Human rights; Humanizing Education

INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH (ONU, 1948), tanto os grandes organismos internacionais quanto a sociedade em geral têm discutido e refletido sobre sua efetividade. Diante de tantos discursos baseados no senso comum que criticam os direitos humanos como artifício para a manutenção da violência e absolvição de criminosos, urge o debate sobre os direitos humanos e a responsabilidade da escola enquanto promotora destes.

Observando a escola como instituição que desempenha papel importante na difusão e promoção dos direitos humanos, colocamo-nos o seguinte questionamento: qual o nível de responsabilidade da gestão escolar enquanto promotora dos direitos humanos dos sujeitos educativos? Essa questão nos pareceu pertinente diante de movimentos que tentam muito mais encobrir e desacreditar a educação em direitos humanos do que refletir sobre sua necessidade. Diante das obscuridades pelas quais passa nosso mundo, em um momento em que se vive a maior crise humanitária desde a II Guerra Mundial por conta dos conflitos na Síria (ONUBR, 2017a), a escola tem o desafio de educar para a promoção não só dos direitos humanos, mas desses direitos em prol da paz.

Diante dessa necessidade premente e como resultado de inquietações discutidas no Grupo de Pesquisa Gestão Educacional nos Diferentes Contextos, da Universidade La Salle (RS), buscamos entender o papel da gestão escolar nos processos que estimulam a educação em direitos humanos. Além disso, o artigo aqui apresentado consta dos achados da pesquisa de mestrado da autora, que versa sobre a gestão escolar humanizadora (MIRA, 2017). Portanto, o papel da gestão escolar é analisado sob uma perspectiva humanista, considerando-se como sua atuação e engajamento em um processo humanizador pode promover a educação em direitos humanos na vida de todos os sujeitos educativos. Entendemos, assim como Lück (2014), que se espera da gestão escolar que esta influencie na “adoção de práticas de liderança orientadas para a formação de equipes integradas, participativas e empreendedoras na realização dos objetivos educacionais a que a escola se propõe [...].” (p. 30).

Apartir dessa inquietação e pensando o modelo de escola apresentado por Charlot (2013), analisamos importantes textos sobre os direitos humanos, como a própria DUDH (ONU, 1948), marcos regulatórios para a educação em âmbito internacional (UNESCO, 2015 e 2016; DELORS, 2010) e documentos que se referem à legislação brasileira para a educação, como a Lei de Diretrizes e Bases – LDB (BRASIL, 1996) e o atual Plano Nacional de Educação – PNE (BRASIL, 2014). Sobre as concepções de escola e gestão escolar, nos ativemos aos escritos de Charlot (2013), Freire (2014) e

2015) e Lück (2012, 2014a e 2014b).

Como resultado de nossa análise, concluímos que a gestão escolar exerce papel fundamental enquanto promotora de ações e reflexões acerca dos direitos humanos na escola. Outrossim, o estar engajado nesse movimento que confere aos sujeitos educativos a consciência de seres históricos capazes de intervir no mundo depende de uma opção política da própria gestão escolar. Também é importante salientar que os achados aqui expostos são resultados parciais da pesquisa de mestrado em andamento que analisa os princípios para uma gestão escolar humanizada. Outrossim, parte da análise de documentos, além dos aqui citados, a fim de estabelecer interfaces entre concepções do humanismo e ser humano na busca por elementos que subsidiem a gestão escolar humanizada.

ONU E A PROMOÇÃO DO RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS

Segundo o site da ONUBr (ONUBR, 2017c), a organização foi criada após a Segunda Guerra Mundial que teve fim em 1945. Com a emergência de restaurar-se a Europa devastada pela guerra e prevenir conflitos futuros, as discussões em torno de um organismo que representasse os países em prol do bem comum foram iniciadas. Em 24 de outubro de 1945, a Organização das Nações Unidas – ONU – passou a existir oficialmente. Dentre seus propósitos, destacamos o que nos parece de suma importância: “Realizar a cooperação internacional para resolver os problemas mundiais de caráter econômico, social, cultural e humanitário, promovendo o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.” (ONUBR, 2017c).

Trata-se de uma entidade que tem amplitude de ação internacional no que diz respeito aos seus países signatários. Porém, é necessário destacar que promover os direitos humanos requer conhecê-los. Para tanto, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada pela ONU como direito internacional consuetudinário, ou seja, “uma prática geral e consistente seguida pelos Estados, decorrente de um sentimento de obrigação legal.” (ONUBR, 2017c). Desde então, tem inspirado as constituições de muitos Estados e democracias recentes. (ONUBR, 2017d).

A fim de manter-se fiel a seus propósitos, em novembro de 1945, a ONU criou seu braço de maior alcance: a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). Esta tem por objetivo “garantir a paz por meio da cooperação intelectual entre as nações, acompanhando o desenvolvimento mundial e auxiliando os Estados-Membros na busca de soluções para os problemas que desafiam nossa sociedade.” (UNESCO, 2017). Por meio de vários programas, relatórios e declarações, a UNESCO ampliou a atuação da ONU no que diz respeito à promoção dos direitos humanos a partir dos sistemas educativos, científicos e culturais no mundo.

Embora haja discussões a respeito dos objetivos da UNESCO quando trata do desenvolvimento das nações por meio da educação (SANTOS, 2014), em nosso

estudo nos debruçamos sobre as ações positivas da organização a fim de promover o respeito aos direitos humanos. Nisso, consideramos pertinente o avanço que as discussões têm tomado no que diz respeito aos espaços escolares. Embora ainda de forma tímida em alguns aspectos, a escola continua sendo a difusora de ideologias, sejam elas pela hegemonia em busca de um perfil que atenda à demanda da burguesia, seja como forma de educação libertária (CHARLOT, 2013. FREIRE 2015).

No que tange ao conhecimento dos direitos humanos propriamente ditos, tanto o *site* da ONU quanto o da UNESCO disponibilizam amplo catálogo de materiais sobre programas, relatórios, livros e notícias a respeito da educação em direitos humanos. Com o advento da internet, estar alheio a esse material e seus objetivos coincide com o que aponta Bauman (2009) quanto ao valor que se dá à informação, assim como a todos os elementos que fazem parte de nossas vidas. No mundo líquido atual, “A ignorância produz a paralisia da vontade.” (BAUMAN, 2009, p. 165).

Enquanto promotora do respeito aos direitos humanos, a ONU tem unido esforços junto às nações-membros a fim de manter-se fiel a este seu princípio. A UNESCO, tratando da esfera que diz respeito especificamente à educação, ciência e cultura, tem tido abrangência internacional e tensionado as discussões em torno do tema dos direitos humanos. Porém, ao observarmos o artigo primeiro da DUDH: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.” (ONU, 2009, p. 4), vemos que esse ideal está longe de nossa realidade cotidiana. Como exemplo, voltemos ao conflito na Síria e a informação de que “[...] 13,5 milhões de pessoas na Síria precisam de ajuda urgente, e há mais de 5 milhões de refugiados sírios no Egito, Iraque, Jordânia, Líbano e Turquia” (ONUBR, 2017b).

São muitos os fatores que interferem para que os direitos humanos não sejam alcançados em sua totalidade – econômicos, sociais, pessoais, históricos – e não cabe em nossa investigação detalharmos cada um deles. Como afirma Cardoso (2016), as mudanças pelas quais passa a humanidade “[...] também afetaram diretamente os cenários – econômico, político e educacional – gerando crises, angústias e produção de mal-estar na vida pessoal, nas instituições e nas diferentes esferas da sociedade.” (p. 33). Destarte, cabe a análise sobre as ações das instituições educativas em prol da promoção dos direitos humanos em seus espaços, tendo-se em contexto esse cenário mencionado pela autora.

Para tanto, debruçamo-nos sobre alguns dos documentos elaborados pela UNESCO atinentes à educação e, confrontando-os aos da legislação brasileira para a educação, no que realizamos a interface quanto à promoção dos direitos humanos. Os textos da UNESCO selecionados, dada a relevância para o presente estudo, são: Um tesouro a descobrir: relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI (DELORS, 2010), Repensar a Educação: rumo a um bem comum mundial? (UNESCO, 2016) e a Declaração de Incheon – Educação 2030 (UNESCO, 2015). Quanto à legislação brasileira para a educação, nossa análise focou

dois textos de abrangência legal e constitucional: Lei de Diretrizes e Bases para a Educação (BRASIL, 1996) e o Plano Nacional de Educação (BRASIL, 2014). O estudo desses materiais está evidenciado no próximo tópico.

OS REFLEXOS DOS DOCUMENTOS DA UNESCO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA PARA A EDUCAÇÃO NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Já mencionamos a importância que os organismos internacionais têm exercido sobre a educação num todo, bem como na difusão de programas que objetivam a promoção do desenvolvimento das nações por meio da educação. Para a continuidade de nosso estudo, dada a relevância da UNESCO no cenário global, cabe a análise de alguns de seus textos de maior importância para a reflexão sobre os direitos humanos e sua interface com documentos brasileiros.

Um tesouro a descobrir: relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre a Educação para o século XXI (DELORS, 2010), também conhecido como Relatório Delors, tornou notória a proposta de uma educação que contemplasse os quatro pilares da educação para o século XXI. Esses pilares – aprender a conhecer, aprender a fazer, a prender a ser e aprender a conviver – completaram uma década em 2016.

No recorte a que nos propusemos nesse estudo e nos mantendo fiéis ao objetivo de uma análise da responsabilidade da gestão escolar na promoção dos direitos humanos dos sujeitos educativos, consideramos somente os pilares aprender a ser e aprender a conviver. Esses pilares podem ser dimensionados a partir da abordagem humanista que a UNESCO defende em seus textos. O humanismo a que nos reportamos é, segundo a própria UNESCO, o “novo humanismo” (DELORS, 2005, p. 33) que leve em conta a pluralidade de objetivos da sociedade que “[...] as mulheres e os homens terão de ajudar a construir. Para isso, ela deve não apenas reagir, mas também agir [...]” (DELORS, 2005, p. 33).

O Relatório Delors (2010) afirma a importância da educação para o desenvolvimento da sociedade que almejamos, considerando a em que vivemos:

Perante os múltiplos desafios suscitados pelo futuro, a educação surge como um trunfo indispensável para que a humanidade tenha a possibilidade de progredir na consolidação dos ideais da paz, da liberdade e da justiça social. (DELORS, 2010, p. 5).

Seguindo essa afirmação, em 2016, a UNESCO lançou o texto *Repensar a Educação: rumo a um bem comum mundial?*. Embora menos difundido do que o Relatório Delors, consideramos esse texto significativo no que tange aos princípios humanistas da organização, bem como do comprometimento da educação na construção de uma sociedade mais humana. O documento se propõe a ser

[...] *chamado ao diálogo*, inspirado por uma visão humanista de educação e do desenvolvimento, com base em princípios de *respeito pela vida e dignidade humanas, igualdade de direitos e justiça social, respeito pela diversidade cultural, solidariedade internacional e responsabilidade compartilhada*, todos aspectos fundamentais de nossa *humanidade comum*. Visa a ser tanto uma aspiração quanto uma inspiração, dirigindo-se aos novos tempos e a todas as pessoas do mundo interessadas em educação. (UNESCO, 2016, p. 16).

Isto posto, analisamos a ressignificação que a organização imprime à educação no contexto mundial. O referido texto não trata somente da abordagem humanista da UNESCO, mas se propõe a estimular a reflexão acerca da sociedade como responsável pelo que nela acontece. Segundo Charlot (2013), “Toda definição abstrata dos fins educativos servirá à burguesia que, precisamente, mascara as condições de vida sociais e reais dos homens sob uma ideia abstrata de Homem.” (p. 305). O que, ao examinarmos atentamente o documento da UNESCO, observamos, é a tentativa clara de definir a educação, seus espaços de formação, seus objetivos, tensões e necessidades.

A partir da retomada do Relatório Delors, a UNESCO apresenta as novas formas de educação, tanto formais quanto não formais, atenta aos espaços formativos institucionalizados, como a escola (UNESCO, 2016, p. 25). Aborda a necessidade de um mundo sustentável e denuncia os aspectos que contrapõem a lucratividade ao desenvolvimento humano (UNESCO, 2016, p. 26). Bauman (2009) se refere às mudanças pelas quais passa a sociedade e do compromisso dos sujeitos sobre ela ao afirmar que “não se refere a adaptar as habilidades humanas ao ritmo acelerado da mudança mundial, mas a tornar esse mundo em rápida mudança mais hospitalero para a humanidade” (p. 163). Assim, também, a UNESCO reitera o compromisso da educação com a formação desses sujeitos para transformarem a sociedade alicerçados em valores humanistas. Entendendo-se que esses valores como “[...] *respeito pela vida e dignidade humanas, igualdade de direitos e justiça social, diversidade social e cultural e um sentimento de solidariedade humana e responsabilidade compartilhada por nosso futuro comum*.” (UNESCO, 2016, p. 42, grifo do autor).

Tomando por base essas reflexões, a Declaração de Incheon – Educação 2030 (UNESCO, 2015) é o documento norteador das metas da educação até o ano de 2030. Reunidos em Incheon, na Coreia do Sul, em maio de 2015, chefes de Estado reafirmaram seus compromissos por uma Educação para Todos. (UNESCO, 2015, p. 2). Na referida declaração, a abordagem humanista que se volta à garantia dos direitos humanos pela educação é mencionada claramente:

Ela é inspirada por uma visão humanista da educação e do desenvolvimento, com base nos direitos humanos e na dignidade; na justiça social; na inclusão; na proteção; na diversidade cultural, linguística e étnica; e na responsabilidade e na prestação de contas compartilhadas. Reafirmamos que a educação é um bem público, um direito humano fundamental e a base que garante a efetivação de outros direitos. (UNESCO, 2015, p. 1).

Essa afirmação veemente da UNESCO sobre a visão humanista da educação, bem como a retomada da educação como direito humano fundamental, dialoga e defende a manutenção da DUDH (ONU, 2009). O Artigo XXVI, item 1, a DUDH trata especificamente desse direito universal:

Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. (ONU, 2009, p. 14).

Tendo isso em vista, consideremos duas das leis que definem a educação brasileira: a LDB (BRASIL, 1996) e o PNE (BRASIL, 2014). A análise dos dois documentos se faz necessária diante dos mencionados marcos da UNESCO para a educação na esfera global. O Brasil, como Estado-membro da ONU, organiza-se a partir das reflexões, diretrizes e metas estipuladas pela UNESCO no que diz respeito à educação.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação (BRASIL, 1996) foi sancionada a fim de organizar a educação nacional. É uma lei orgânica que, como o próprio nome diz, dita as diretrizes e as bases para o sistema educacional, compreendido pela “[...] educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias.” (BRASIL, 1996). No artigo terceiro da referida lei, há a explicitação dos princípios pelos quais a educação brasileira deve ser regida. São eles:

- I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;
- III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas;
- IV – respeito à liberdade e apreço à tolerância;
- V – coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- VI – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- VII – valorização do profissional da educação escolar;
- VIII – gestão democrática do ensino público, na forma desta lei e da legislação dos sistemas de ensino;
- IX – garantia de padrão de qualidade;
- X – valorização da experiência extraescolar;
- XI – vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.
- XII – consideração com a diversidade étnico-racial. (BRASIL, 1996).

Observando esses princípios, é possível perceber que os direitos humanos perpassam cada um deles, no tocante à liberdade, tolerância, respeito ao pluralismo de ideias, à diversidade racial, entre outros. Também, quanto ao que define Freire (2015) ser papel da educação, o de libertar para o exercício da cidadania, do ser no mundo por meio da consciência de si, do ser mais, a LDB de 1996 contribui para uma formação a partir de pressupostos de liberdade e respeito. No artigo segundo da LDB,

os aspectos da liberdade e da cidadania como objetivos da educação são postos de maneira a que todo aquele que acessa a educação no Brasil tenha a garantia de seus direitos, entre eles os expostos na DUDH.

Além de organizar o sistema educativo da nação, a LDB (BRASIL, 2996) oportuniza a discussão sobre os alicerces democráticos sobre os quais a educação nacional se estrutura. Os próprios conceitos de democracia e cidadania ainda necessitam ser bem delineados não somente no âmbito da academia, mas a partir dos movimentos populares e dentro do sistema educativo. Consideramos que “A cidadania está relacionada à capacidade de intervir tanto nos espaços privados da ordem econômica, quanto nos assuntos públicos de ordem política.” (GOERGEN, 2013, p. 732). Sendo que há vários caminhos para se alcançar essa habilidade, porém “[...] o principal deles é, sem dúvida, a educação.” (GOERGEN, 2013, p. 732).

Ainda citando Gorgen (2013), o exercício da cidadania a partir da formação do sujeito pela educação, é o que o capacita e habilita para que este possa “ultrapassar o umbral da simples e formal posse de direitos e alcançar o que se pode chamar de cidadania ativa, ou seja, a verdadeira participação no modelo democrático.” (p. 732). Nessa mesma corrente que responsabiliza a educação e, consequentemente, o Estado a garantia da cidadania, do respeito aos direitos humanos e exercício da democracia, em 25 de junho de 2014 foi sancionada a lei 13.005, o Plano Nacional de Educação (BRASIL, 2014a).

O Plano Nacional de Educação (PNE), é o documento que apresenta as diretrizes e metas para a educação brasileira. Foi sancionado sem nenhum veto e promulgado pela presidente da República em 25 de junho do mesmo ano. Converteu-se na Lei no 13.005/2014., com vigência entre 2014 e 2024.

O texto apresenta dez diretrizes a serem observadas pelo sistema educativo nacional. Entre elas, “superação das desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da cidadania e na erradicação de todas as formas de discriminação” (BRASIL, 2014a, p. 12) pode vir a caracterizar a abordagem humanista advinda dos pilares aprender a ser e a prender a conviver propostos pela UNESCO. A esses dois pilares podemos considerar a competência de os seres humanos respeitarem os direitos humanos.

O atual Plano Nacional de Educação (PNE) é composto por 10 diretrizes, 14 artigos, 20 metas e 243 estratégias que deverão ser implementadas na educação brasileira durante os 10 anos de sua vigência. As 10 diretrizes são norteadoras de todas as metas e estratégias contidas no Plano. Mais do que resultados quantitativos, é possível perceber no documento a preocupação nacional quanto à educação integral, baseada em uma perspectiva humanista e crítica. Nesse enfoque, a função escolar não se limita à socialização ou ao aumento de conhecimentos; cabe a ela a formação para o mundo, para a tomada de decisões, pois influi nas escolhas e atitudes dos sujeitos.

Entre as metas do PNE está a da universalização do acesso à educação e a

qualidade da educação ofertada. As 11 primeiras metas tratam desses aspectos. São “metas estruturantes para a garantia do direito à educação básica com qualidade [...].” (BRASIL, 2014b). A partir dessa garantia, a de que todos tenham acesso à educação formal, cabe à escola gestar o projeto educativo que desenvolva não só o conhecimento, mas antes a observância e atuação em direitos humanos.

Como bem observa Teixeira (2011), “educação em direitos humanos não é diferente de uma educação para a democracia, entendida a democracia como um modo de vida, mais que uma forma de governo.” (p. 150). Por isso, a observância e atendimento da meta 19, que trata especificamente da gestão escolar democrática, retomando a LDB (BRASIL, 1996). Pois, no entendimento dos pesquisadores, a garantia de autonomia da gestão escolar é a possibilidade de organização e defesa do projeto educativo amplo e institucional para os direitos humanos.

GESTÃO ESCOLAR E A PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PARA A CIDADANIA DOS SUJEITOS EDUCATIVOS

Antes de abordarmos o papel da gestão escolar como promotora dos direitos humanos, observemos os conceitos de escola e de educação eu aqui consideramos. Charlot, na obra *A mistificação pedagógica: realidades sociais e processos ideológicos na teoria da educação* (2013), problematiza o papel da escola enquanto instituição ideológica (CHARLOT, 2013, p. 217). O autor organiza sua crítica observando uma escola inadaptada à sociedade no que diz respeito aos aspectos econômico, sociopolítico e cultural. Porém, em contrapartida, “[...] adaptada demais às necessidades da classe dominante.” (CHARLOT, 2013, p. 218). Sobre esses aspectos da escola, Charlot (2013) assume que tanto podem libertar quanto alienar. Cabe, antes de mais nada, à escola definir seus fins educativos, de forma clara e que seja capaz de “colocar em comum esforços individuais de pesquisa e realização”. (CHARLOT, 2013, p. 302).

Seguindo a lógica de uma escola em que seu projeto educativo promova os direitos humanos, podemos encontrar na pedagogia freiriana subsídios para essa defesa. Freire (1996) aponta para uma das funções da educação, ou seja, “[...] é uma forma de intervenção no mundo” (p. 98). O autor dialoga com Charlot (2013) no que diz respeito à característica dialógica da escola enquanto espaço de educação formal. Ambos autores apontam que a intervenção da escola “[...] além do conhecimento dos conteúdos bem ou mal ensinados e/ou aprendidos implica tanto esforço de *reprodução* da ideologia dominante quanto o seu *desmascaramento*.” (FREIRE, 1996, p. 98, grifo do autor). De acordo com sua análise, essas são facetas que, mesmo contraditórias, compreendem a escola.

Em outra instância, propomos a análise dessa escola sob a visão crítica e consciente de sua dinâmica. Enquanto espaço para a educação de seres humanos, em relação estreita uns com os outros, observar e atuar a partir do outro torna-se irretorquível. Essa ideia é clara ao encontrarmos, ainda em Freire (2015), a

compreensão de que “[...] os homens, desafiados pela dramaticidade da hora atual, se propõem a si mesmos como problema. Descobrem que pouco sabem de si, de seu “posto no cosmos”, e se inquietam por saber mais.” (FREIRE, 2015, p. 39).

Essa inquietação perfaz os caminhos que a educação opta por percorrer. Pode ser, em sua função dialética, humanizadora ou desumanizadora. Pois, ainda segundo Freire (2015), “Humanização e desumanização, dentro da história, num contexto real, concreto, objetivo, são possibilidades dos homens como seres inconclusos e conscientes de sua inconclusão”. (FREIRE, 2015, p. 40). Nessa inclusão, a educação enquanto processo da escola necessita ser humanizadora, atendendo a observância dos direitos humanos, tomados aqui pelos da DUDH (ONU, 1948). Pois,

[...] a conquista dos direitos humanos, e da democracia, decorre dos embates sócio-históricos que as sociedades travam constantemente. A educação pode ser um agente da afirmação histórica dos direitos humanos quando o ato pedagógico se constitui como um exercício continuado do diálogo entre educadores e educandos mediados pelo conhecimento e em busca de *ser mais* e de produzir uma sociedade essencialmente voltada para a prática da democracia. (VIOLA *in* STRECK, REDIN e ZITKOSKI (orgs), 2010, p. 121, grifo da autora).

Em nosso estudo, observamos que a gestão escolar tem papel fundamental para a educação em direitos humanos. Para tanto, não basta analisar sua atuação enquanto uma entidade superior dentro da instituição. A escola, formada por pessoas e para pessoas, demanda apropriação de ações a partir da consciência de todos os seus sujeitos. Tomamos aqui a concepção de sujeito em Freire, que, segundo o Dicionário Paulo Freire, é “um homem enraizado não só historicamente, mas acima de tudo aquele que expressa sua humanização” (OSOWSKI *in* STRECK, REDIN e ZITKOSKI (orgs), 2010, p. 382). Por sujeitos educativos entendemos todos os que participam de alguma forma na escola: gestão, pessoal técnico-administrativo, professores, alunos e suas famílias.

Quanto à gestão escolar, essa pode ser entendida da compreensão primeira do que seja gestão. Para Lück (2014b),

Gestão é processo de mobilização e articulação do esforço de pessoas, coletivamente organizadas, de modo a promoverem objetivos comuns, envolvendo a articulação e integração de diferentes elementos necessários a essa realização, inclusive a resolução de impasses, dificuldades e tensões relacionadas comumente a esse processo e esforço. (LÜCK, 2014b, p. 35).

Por essa concepção, no que tange à escola, essa gestão não só mobiliza com fins de alcançar objetivos comuns. Além desse reducionismo, há a observação de uma gestão que articula pessoas dentro de um espaço organizacional. Ainda segundo a autora, “O conceito de gestão tem como pressuposto o entendimento de que são as pessoas que promovem transformações e realizações [...]”. (LÜCK, 2014b, p. 35). Nóvoa (1999) postula que “As escolas são instituições de um tipo muito particular, que não podem ser pensadas como uma qualquer fábrica ou oficina: a educação não

tolera a simplificação do humano [...]” (p. 16). Portanto, pensar a gestão escolar que proponha e defenda em suas ações uma educação em direitos humanos pressupõe que essa gestão compreenda, em primeiro lugar, seu papel.

Para Lück (2012), a gestão em si pressupõe a participação e um trabalho realizado a partir dos sujeitos e para os sujeitos. A gestão escolar, portanto, torna-se, por sua gênese, responsável pela escola no seu todo. Tendo como ponto de partida as articulações necessárias à vida escolar, os sujeitos educativos podem ser estimulados ou cercados em seus direitos. Por essas observações, é possível entender a escola a partir de sua gestão. Portanto, cabe dizer que para um projeto educativo que promova os direitos humanos e, assim, contribua para o exercício pleno da cidadania de seus sujeitos, importa que a gestão exerça a liderança consciente de sua atuação. Por liderança, tomamos a defendida por Lück (2014a), de “[...] uma expressão emergente em processos socioculturais altamente dinâmicos [...]” (LÜCK, 2014a). A autora aprofunda a conceituação do termo, a partir da escola:

Liderança é, pois, um conceito complexo que abrange um conjunto de comportamentos, atitudes e ações voltado para influenciar pessoas e produzir resultados, levando em consideração a dinâmica das organizações sociais e do relacionamento interpessoal e intergrupal no seu contexto, superando ambiguidades, contradições, tensões, dilemas que necessitam ser mediados à luz de objetivos organizacionais elevados. (LÜCK, 2014a, p. 37).

Se “[...] o papel da escola e de seus professores é o de promover a aprendizagem dos alunos, de modo que estes possam atuar segundo o espírito da cidadania [...]” (LÜCK, 2014b, p 37), o papel da gestão escolar é garantir que esse processo seja assumido pelo engajamento. Ser liderança atuante demanda vontade política à luz da compreensão dos processos e necessidades dos sujeitos educativos. Tendo por premissa que a educação em direitos humanos é papel da escola, a gestão escolar concentrará esforços em sua promoção. Contribuirá para a formação de seres humanos sujeitos de sua cidadania, conscientes de que os direitos humanos são de todos e que sua observância para o desenvolvimento de uma sociedade mais tolerante e pacífica é possível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como evidenciado ao longo desse estudo, a educação em direitos humanos tem desafiado a sociedade atual. Segundo a UNESCO, “A educação em direitos humanos é uma parte integral do direito à educação e está ganhando cada vez mais reconhecimento como um direito humano em si.” (UNESCO, 2017). A escola, como espaço formal de desenvolvimento de seus sujeitos, tem a responsabilidade em assumir os direitos humanos como princípio norteador de sua *práxis*. Afinal, “O conhecimento sobre os direitos e liberdades é considerado uma ferramenta fundamental para garantir

respeito pelos direitos de todos.” (UNESCO, 2017).

A gestão escolar atuante e engajada no desenvolvimento de uma sociedade mais humana, tomando aqui as concepções de humanismo professadas pela UNESCO, necessita estar atenta aos movimentos pelos direitos humanos. Os aspectos que influem nos processos da escola, como seu currículo, projetos pedagógicos e demais ações, importam estar alinhados à educação que considere seus sujeitos enquanto seres humanos possuidores de direitos, estejam conscientes ou não deles. Cabe à escola, a partir da atuação e decisão política de sua gestão, promover a conscientização de que todos – alunos, professores, famílias e demais trabalhadores – detém direitos e devem tê-los respeitados como princípios de cidadania.

Tendo em vista a escola como lugar de saberes, de relações e dinâmicas, cabe à gestão escolar, imbuída de humanidade, conforme preconizou Freire, em seus escritos aqui retomados, reafirmar seus objetivos de humanização. Humanizar pressupõe ser humanizado, e uma gestão escolar implicada com a educação libertadora, emancipadora, observa e atua pelos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BARDIN, Lawrence. **Análise de Conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. 2^a. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BRASIL. **Lei de diretrizes e bases da educação nacional**: Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/I9394.htm>. Acesso em 09 abril 2017.

_____. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. **Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/LeiL13005.htm>. Acesso em 13 jul 2016a.

_____. **Planejando a próxima década**: conhecendo as 20 metas do Plano Nacional de Educação. Disponível em <http://pne.mec.gov.br/images/pdf/pne_conhecendo_20_metas.pdf>. Acesso em 13 mai 2017b.

CARDOSO, Daniela dos Santos. **Formação humanista na educação superior**: o caso do UNILASALLE Canoas. 101 fls. Dissertação (mestrado). Programa de Pós-Graduação em Educação. Canoas, RS: Centro Universitário La Salle, 2016.

CHARLOT, Bernard. **A mistificação pedagógica**: realidades sociais e processos ideológicos na teoria da educação. São Paulo: Cortez, 2013.

DELORS, Jacques. **A educação para o século XXI**: questões e perspectivas. Porto Alegre: Artmed, 2005.

_____. **Um tesouro a descobrir**: relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI. Brasília: UNESCO, 2010.

GOERGEN, Pedro. A educação como direito de cidadania e responsabilidade do Estado. *Educação e Sociedade*. vol.34 no.124 Campinas July/Sept. 2013. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/es/v34n124/05.pdf>>. Acesso em 09 abril 2017.

LÜCK, Heloísa. **A escola participativa**: o trabalho do gestor escolar. 10^a. ed. Petrópolis/ RJ: Vozes, 2012.

- _____. **Liderança em gestão escolar.** 9^a. ed. Petrópolis/ RJ: Vozes, 2014a.
- _____. **Gestão do processo de aprendizagem pelo professor.** Petrópolis/ RJ: Vozes, 2014b.
- MIRA, Ane Patrícia Viana José de Mira. **A Gestão Escolar Humanizadora na perspectiva do Humanismo em Paulo Freire.** Dissertação (mestrado). 144 fls. Programa de Pós-Graduação em Educação. Universidade La Salle. Canoas, RS: Universidade La Salle, 2017.
- NÓVOA, António. (coord.). **As organizações escolares em análise.** 3^a ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1999.
- ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos. Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Rio de Janeiro, 2009. Disponível em <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em 15 jul 2016.
- ONUBR. **Conflito sírio é a maior crise humanitária desde a II Guerra Mundial.** Disponível em <<https://nacoesunidas.org/conflito-sirio-e-a-maior-crise-humanitaria-desde-a-ii-guerra-mundial-affirma-enviado-especial-da-onu/>>. Acesso em 08 abril 2017a.
- _____. **Em Bruxelas, países prometem US\$ 6 bilhões para crise humanitária na Síria.** Disponível em <<https://nacoesunidas.org/em-bruxelas-paises-prometem-us-6-bilhoes-para-crise-humanitaria-na-siria/>>. Acesso em 08 abril 2017b.
- _____. **A história da organização.** Disponível em <<https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>>. Acesso em 08 abril 2017c.
- _____. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em 08 abril 2017d.
- SANTOS, Marcelo Silva dos. **A UNESCO no contexto do novo desenvolvimento: reajustando o processo de formação humana/ educação alienada na escola.** 212 fls. Tese (Doutorado). Programa de Pós-graduação em Política Pública e Formação Humana. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Educação. UERJ: Rio de Janeiro, 2014.
- STRECK, Danilo R. REDIN, Euclides. ZITKOSKI, Jaime José. (orgs). **Dicionário Paulo Freire.** 2^a ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.
- TEIXEIRA, Beatriz de Bastos. Escolas para os direitos humanos e a democracia. In: SCHILLING, Flávia (org). **Direitos Humanos e Educação: outras palavras, outras práticas.** 2^a ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- UNESCO. **Declaração de Incheon – Educação 2030.** Incheon, Coreia do Sul, 19 e 22 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/pt/brasilia/about-this-office/single-view/news/education_2030_incheon_declaration_and_and_framework_for_ac/>. Acesso em 20 setembro 2016.
- UNESCO. **Repensar a Educação:** rumo a um bem comum mundial? Brasília: UNESCO, 2016. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002446/244670POR.pdf>>. Acesso em 25 jun 2016.
- _____. **Sobre a UNESCO.** Disponível em <http://www.unesco.org/new/pt/brasilia/education/>. Acesso em 08 abril 2017.
- _____. **Educação em direitos humanos.** Disponível em <<http://www.unesco.org/new/pt/brasilia/social-and-human-sciences/human-rights/>>. Acesso em 13 mai 2017.

AÇÕES AFIRMATIVAS DECORRENTES DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Reynaldo Alan Castro Filho,

Universidade La Salle – Mestrado em Direito e Sociedade, Canoas – Rio Grande do Sul (Brasil)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo traçar um paralelo entre as Ações Afirmativas e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Para tanto, procurou demonstrar que a adoção das Ações Afirmativas na experiência brasileira também decorre de Tratados Internacionais de Direitos Humanos que autorizam tais medidas. Verificou-se, ainda, que as Ações Afirmativas são discriminações positivas que têm por escopo favorecer grupos historicamente renegados, e que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, além de considerar a dignidade da pessoa humana como um valor supremo, prestigia duas estratégias no combate à discriminação, a repressivo-punitiva e a promocional. Por derradeiro, as Ações Afirmativas podem ser interpretadas como medidas que têm por fim efetivar a igualdade material, valendo-se da estratégia promocional de combate à discriminação, tal como previsto no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Ações Afirmativas; Direitos Humanos; Igualdade; Tratados Internacionais; Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT: This paper wants to make a

relationship between the Affirmative Actions and the International Human Rights Law. This way, shows that the adoption of Affirmative Actions by Brazil finds authorization in the International Human Rights Treaties. Also, verified that Affirmative Actions are policies to favor some groups that have suffered historical discrimination and that the International Human Rights Law considers the human dignity a supreme value as well as uses two ways to combat discriminations, the punitive and the promotional. Finally, the relationship that exists between the Affirmative Actions and the International Human Rights Law resides in the fact that both use the promotional way to combat discriminations.

KEYWORDS: Affirmative Actions; Human Rights; Equality; International Treaties; Human Dignity.

1 | INTRODUÇÃO

Este artigo concentra-se no estudo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e na sua relação com as Ações Afirmativas. Trata-se, portanto, de um tema de significativa relevância sócio-jurídica. Ao abordar o Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua relação com as ações afirmativas, percebe-se que medidas tidas como compensatórias podem encontrar

respaldo jurídico não somente em normas constitucionais internas, mas também em Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Como objetivo geral procurou estabelecer um paralelo entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Ações Afirmativas. Como objetivo específico, pretendeu demonstrar quais Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil que autorizam a adoção de Ações Afirmativas, e se tais medidas podem ser entendidas como mecanismos de promoção do próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos, questionando-se, ainda, eventual afronta ao princípio da igualdade, considerado em suas vertentes formal e material.

Para tanto, este estudo teve como enfoque a igualdade material a ser buscada pelas ações afirmativas, a fim de combater injustiças reais que se manifestam no cotidiano, fruto de uma longa construção histórico-repressiva discriminatória que atinge determinados grupos sociais tidos como minorias, relacionando-a com o objetivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, fundado na dignidade da pessoa humana, que considera o ser humano como sendo aquele que possui direito de ter direitos, especialmente no que se refere à estratégia promocional de que pode se valer o Direito Internacional dos Direitos Humanos no combate à discriminação.

2 | AÇÕES AFIRMATIVAS E IGUALDADE MATERIAL

A despeito das ações afirmativas terem adquirido repercussão internacional a partir da adoção pelo Direito dos Estados Unidos da América na década de 1960, tendo como foco a mudança do comportamento estatal, suas origens remontam, na verdade, à Índia, imediatamente após a Primeira Guerra Mundial, tendo sua primeira proposição histórica defendida pelo jurista, economista e historiador indiano, Bhimrao Ramji Ambedkar, no sentido de estabelecer políticas públicas diferenciadas e constitucionalmente protegidas em favor de segmentos populacionais tidos como inferiores (WEDDERBURN, 2005). A partir disso, a adoção de tais políticas na Índia consolidou-se em 1950, ainda como a mais antiga de que se tem notícia, tendo como foco a criminalização do casteísmo e a consagração no texto constitucional das políticas de reserva voltadas à proteção de grupos historicamente discriminados (FERES JR e DAFLON, 2015, p. 96-97).

Isso posto, cumpre reconhecer que a maior repercussão acerca do tema, de fato, ocorreu a partir da adoção pelos Estados Unidos da América, uma vez que este se converteu no primeiro país desenvolvido a incorporar tais medidas, em consequência da luta pelos direitos civis da população afro-norte-americana. Assim, a postura do Estado, que anteriormente encontrava-se atrelado à aplicação de políticas governamentais indistintas, sem levar em consideração elementos como raça, sexo, cor, origem e outros, passa a observá-los ao realizar a contratação de seus servidores, ao regular a contratação no mercado de trabalho e, ainda, ao regular o acesso aos

estabelecimentos de ensino.

No tocante à definição do termo em análise, segundo Oliven (2007), a expressão *ação afirmativa* relaciona-se a um conjunto de políticas públicas que visam a proteger minorias e grupos que sofreram discriminação ao longo da história, traduzindo-se na adoção de condutas positivas com o intuito de favorecer o acesso de tais indivíduos à oportunidade de galgar aos postos de comando.

Gomes (2001) acrescenta, ainda, que as ações afirmativas podem ser conceituadas como um conjunto de políticas públicas e privadas, que podem se manifestar tanto compulsoriamente quanto de forma voluntária, tendo por fim o combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência e de nacionalidade.

Assim, além de políticas públicas, as ações afirmativas também poderiam concretizarse, em tese, por meio de políticas privadas voluntárias. No entanto, esta é uma prática que parece estar muito distante de consolidação.

Concernente às modalidades de ações afirmativas, é importante frisar que não devem ser confundidas ou limitadas à ideia de cotas, pois além da adoção desta espécie de discriminação positiva, que assegurem a determinadas minorias percentuais razoáveis para a efetivação da igualdade de oportunidades, como acesso ao emprego e à educação superior, por exemplo, também podem efetivar-se por meio do estabelecimento de critérios de preferência, sistema de bônus e incentivos fiscais (GOMES, 2001). Consigna-se que as minorias aqui referidas não precisam condizer necessariamente com as minorias quantitativas, mas sim com grupos que estão à margem daquilo de que melhor, ou ao menos mais digno, a convivência em sociedade pode ofertar.

A igualdade material é que está em jogo. Portanto, não se deve pensar em igualdade no ponto de chegada, mas sim no ponto de partida. Indivíduos inseridos em contextos sociais diversos não possuem as mesmas condições de atingir seus objetivos plenos, tais como profissões mais bem remuneradas, postos de comando etc. Iguala-se o ponto de partida de maneira desproporcional, corrigindo-se eventuais desequilíbrios sociais baseados em critérios como raça, sexo, cor, idade, origem etc. com o objetivo de proporcionar igualdade de oportunidades.

Outra característica importante das ações afirmativas é o fato de que não têm por fim perpetuarem-se em um determinado contexto, mas sim ser adotadas de maneira temporária até ao exato momento em que possam perfeitamente ser esquecidas ou desconsideradas. Com efeito, possuem como finalidade maior enraizar no âmago dos sujeitos sociais o respeito à diversidade, ao invés de atingir necessariamente determinados índices de sucesso.

Ademais, no tocante à eventual discriminação que as maiorias passariam a suportar, oportuno é o ensinamento de Rocha (1996, p. 88), que atenta para o fato de que “os planos e programas das entidades públicas e particulares de ação afirmativa deixam sempre à disputa livre da maioria a maior parcela de vagas em escolas, empregos, em locais de lazer etc.” com vistas a salvaguardar o exercício

da liberdade pessoal e o princípio da não discriminação. Desse modo, as políticas de ações afirmativas sequer igualam o percentual de vagas disponíveis entre as minorias e as maiorias, sendo apenas um meio de mitigar as diferenças históricas e culturais entre tais grupos. Não representam, portanto, uma medida extrema que cause um desequilíbrio social ou algo do gênero; ao contrário, têm por fim garantir que determinados grupos, vítimas de discriminação ao longo da história, sejam, até de forma exageradamente branda, comparada às atrocidades que sofreram no passado, compensados com o mínimo a permitir que se desenvolvam como indivíduos livres e plenos.

A compatibilidade das ações afirmativas com o ordenamento jurídico pátrio possui argumentos plausíveis e substanciais. Nesse sentido, a própria Constituição brasileira legitima a aplicabilidade das ações afirmativas, visto que assegura em seu art. 37, inciso VIII, por exemplo, a reserva percentual de cargos e empregos públicos aos portadores de deficiência, segundo critérios a serem definidos em lei. Ademais, estabeleceu menor tempo de contribuição e de idade para a mulher em relação ao homem, para fins de aposentadoria, tanto no setor público (art. 40, § 3º, III, alínea “a”) quanto no setor privado (art. 201, § 7º, I e II).

Nesse contexto, salienta-se que, de acordo com os termos do art. 3º, e incisos, da Constituição, que estabeleceu os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, verifica-se que os verbos utilizados na previsão normativa designam um comportamento ativo obrigacional por parte do Estado na busca pela igualdade, ao mesmo tempo em que reconhecem, implicitamente, que a sociedade brasileira não é livre, não é justa e que está arraigada em preconceitos. Assim, a mera proibição a tratamentos discriminatórios não permitiria a efetividade dos objetivos fundamentais que foram consagrados pelo próprio constituinte.

A adoção por parte do Estado de ações afirmativas, além de bancarem uma forma de reparação dos danos produzidos historicamente (que ainda persistem), apresenta, como principal vantagem adicional, a de contribuir para a manifestação de uma sociedade pluriétnica e multicultural, que privilegia a convivência entre os diferentes. Acerca disso, salienta-se que “a solidariedade multicultural libertadora não significa uma harmonia sólida entre as culturas, mas contém antagonismos e incertezas. Ela está mais orientada em potencializar pontos de interação do que harmonizar interesses conflitantes” (CARDOSO, 2003, p. 164). Nessa mesma esteira, importante reflexão é trazida à baila por Wedderburn (2005, p. 330), que estabelece como condição para a sobrevivência coletiva no século XXI a formação de um ambiente que propague a “coexistência harmônica entre culturas, civilizações, gêneros e segmentos étnicos ou raciais com base na equidade”.

Há que se destacar, dessa forma, que as ações afirmativas não só prestam contas à história como permitem a inclusão, a integração e a convivência entre os diferentes, representando um manifesto compromisso estatal para com a ratificação de uma sociedade plural. Vale dizer, ainda, que tal compromisso manifesta-se de

extrema importância, uma vez que a diversidade cultural teve o seu reconhecimento consubstanciado por meio da Declaração de Durban da Organização das Nações Unidas, no ano de 2001, no sentido de tratar-se de um elemento importantíssimo para o desenvolvimento e bem-estar da humanidade como um todo, enriquecendo a sociedade.

3 | AÇÕES AFIRMATIVAS E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O estudo das ações afirmativas transcende o Direito interno brasileiro, uma vez que tais políticas encontram fundamento no Direito Internacional, especialmente no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Contudo, antes de destacar os aspectos que justificam a atual conjuntura do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é mister trazer à baila uma definição do que se pode entender por *direitos humanos*, ainda que a tarefa esbarre em grande dificuldade.

Segundo Hesse (1986, apud BONAVIDES, 1993, p. 472), os direitos humanos podem ser definidos como um “conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade, igualdade e na dignidade”. Por oportuno, vale abrir um parêntese para a posição de Sarlet (2009, p. 101) a respeito da dignidade, que seria “um elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana [...] que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado”.

Peres Luño (1995) considera os direitos humanos como o conjunto de faculdades que, de acordo com o contexto histórico, pugna por concretizar exigências de dignidade, liberdade e igualdades humanas, a fim de que estas sejam positivadas tanto nos ordenamentos jurídicos internos quanto no plano do direito internacional.

No dizer de Piovesan (2006), os direitos humanos são reivindicações morais que nascem quando devem e podem nascer e que representam um construído axiológico que emerge a partir de um espaço representativo de luta e ação social.

Ademais disso, cumpre destacar a proposição de Lafer (1988) acerca do pensamento de Hannah Arendt no que concerne aos *direitos humanos*, do que se pode depreender que tais direitos não seriam um *dado*, mas sim um *construído*, uma invenção humana ligada à organização da comunidade política.

Registra-se que as definições aqui expostas não possuem o condão de esgotamento do tema, mas de apenas revelar a grande dificuldade que existe quando se procura enquadrar os *direitos humanos* em um conceito geral e abstrato, uma vez que, por reivindicarem valores morais necessários a uma vida digna, não podem apresentar um conceito estático e acabado.

Vale dizer, ainda, que o reconhecimento dos direitos humanos decorre de uma

lenta e contínua evolução histórica, marcada por alterações de interpretação e pela ampliação do conteúdo desses mesmos direitos. Assim, importa discorrer acerca da origem dos Direitos Humanos e seus principais desdobramentos históricos.

Nesse ponto, as revoluções liberais do século XVIII, mais precisamente as ocorridas nos Estados Unidos e na França, identificadas com o ideário iluminista, baseado na neutralidade estatal, marcaram a transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal e permitiram o nascimento do que se intitulou a primeira geração ou dimensão dos direitos humanos.

O registro público desse nascimento ocorreu por meio da Declaração dos Direitos da Virgínia, de 16 de junho de 1776, editada no contexto de luta pela independência dos Estados Unidos da América, e cujos ideais foram corroborados na Declaração de Independência, duas semanas depois (COMPARATO, 2013).

Na França, fundada sob o mesmo ideário iluminista e na revolução dos Estados Unidos da América, foi editada, no ato de inauguração da Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no ano de 1789, que se caracteriza como o primeiro documento formal desse País a reconhecer os direitos de liberdade e de igualdade dos seres humanos¹.

Tais direitos foram consagrados como direitos humanos (ou direitos fundamentais) e dizem respeito às liberdades e às garantias individuais. Concentram-se na limitação do poder político estatal e reconhecem que as instituições de governo devem ser utilizadas para o serviço dos governados. Dessa forma, são direitos inerentes ao ser humano de maneira que não podem ser objeto de mera concessão dos que exercem o poder.

Ademais, vale destacar que a igualdade adotada foi a formal, ou seja, baseou-se na proibição legal para que não houvesse tratamento desigual a quem quer que fosse. Possuía, portanto, um caráter negativo, na medida em que bastava a igualdade estar inserida no rol dos direitos fundamentais para que fosse considerada efetivada.

Durante o século XIX, em que pese a Europa ter apresentado importante desenvolvimento econômico, tal fato não acarretou a imediata melhoria socioeconômica do indivíduo. Na verdade, paralelamente ao avanço do liberalismo político e econômico, verificou-se a deterioração do quadro social, especialmente nos Estados mais desenvolvidos da Europa Ocidental e nos Estados Unidos (FERREIRA FILHO, 2011). Como consequência da ilusória igualdade formal (baseada apenas na lei) entre operários e patrões, o resultado não foi outro que a pauperização da classe trabalhadora já na primeira metade do século XIX.

Assim, considerando que a igualdade formal não demonstrou ser suficiente para a efetivação da igualdade entre os indivíduos, mormente porque a ideia da neutralidade

1 Ao contrário do ocorreu na Revolução Americana, que procurou restaurar os direitos de cidadania em face dos abusos do poder monárquico, na Revolução Francesa o que se buscou foi efetivar uma ruptura total com o passado e recomeçar a História outra vez do zero, o que se percebe muito bem com a mudança de calendário ocorrida. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 64.

estatal, bandeira do Estado Liberal, justificava a abstenção do Estado nesse sentido, cumpre glorificar as importantes transformações sociais que ocorreram nos Estados europeus ao longo do século XIX, resultado das intensas lutas de classes, inspiradas no movimento socialista de Karl Marx, que provocaram a mudança do Estado Liberal para o Estado Social e fizeram emergir os chamados direitos sociais ou os direitos humanos de segunda geração ou dimensão (Saúde, Educação, Trabalho etc).

Contudo, ressalte-se que a plena afirmação desses novos direitos sociais ocorreu já no século XX, por meio da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, na Alemanha (COMPARATO, 2013). O Estado, agora, passa a se preocupar com valores mínimos como o bem estar social e a distribuição das riquezas sociais.

A igualdade que passa a ser buscada é a igualdade material-efetiva, e, para tanto, o homem não pode ser considerado como um ser em abstrato, genérico, sem especificações, mas sim inserido em um contexto social, histórico etc. O caráter adotado para a efetivação da igualdade toma uma proporção positiva, isto é, o Estado passa a intervir frente à realidade política, econômica e social, a fim de promover a justiça social.

Segundo Santos (1997), é possível identificar um paradoxo entre os direitos humanos de primeira e segunda geração. Para o autor, enquanto que o reconhecimento dos direitos civis e políticos (primeira geração) resultaram da luta da sociedade contra o Estado, que seria o principal violador desses direitos; no que se refere aos direitos econômicos e sociais (segunda geração), ao Estado é atribuída a responsabilidade de ser o seu principal garantidor.

O reconhecimento dos direitos sociais e econômicos foi “o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX” (COMPARATO, 2013, p. 66). Não obstante, o mesmo movimento socialista não foi capaz de deter o fortalecimento dos regimes totalitários durante a década de 1930, e especialmente o antisemitismo difundido pela Alemanha Nazista.

Nesse contexto, Arendt (1997) assinala que os judeus eram o único elemento intereuropeu em uma Europa organizada em bases nacionais, e que os socialistas, em que pese os valores ideológicos de internacionalismo do movimento, estavam, na realidade, muito mais interessados em assuntos domésticos.

Além disso, enquanto a ideologia antisemita ganhava força no mundo dos Estados soberanos e das nacionalidades diferentes, os judeus viviam o dilema de não pertencerem a uma comunidade capaz de uni-los e protegê-los, já que não existia um Estado Judaico reconhecido à época, o que veio a ocorrer somente em 1948, com a instalação do Estado de Israel. Assim, a adaptação dos judeus aos povos europeus em que viviam, que se manifestou desde a interação com o idioma, com os costumes e até mesmo com algumas práticas religiosas, não foi suficiente para eliminar a concepção de ser um estrangeiro².

2 A esse respeito, ver EINSTEIN, Albert. *Como vejo o mundo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira,

Tal conjuntura acabou colaborando para a propagação do antisemitismo ao seu nível mais extremo, qual seja, a busca da implementação da “Solução Final”⁴, como denominavam os nazistas, que significava o extermínio do povo judeu na Europa e que culminou na morte de aproximadamente seis milhões de judeus durante a segunda guerra (1939-1945).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a derrocada do regime nazista, os direitos humanos necessitavam, então, ser reconstruídos, fundados, mais do que nunca, no valor supremo da dignidade humana. Registra-se que somente a partir desse momento histórico foi que o problema do reconhecimento dos direitos humanos transportou-se da esfera nacional para a internacional, passando a envolver, ineditamente, todos os povos (BOBBIO, 2004).

Assim, por meio da criação da Organização das Nações Unidas (ONU), no ano de 1945, a comunidade internacional estabeleceu a meta de preservar as gerações vindouras dos flagelos da guerra, a ser alcançada mediante um sistema de segurança coletivo. Baseando-se na cooperação, violações dos direitos humanos deveriam ser evitadas, conforme estabeleceu o art. 55 da Carta de São Francisco³.

Tal fato pode ser considerado como o marco inicial do Direito Internacional dos Direitos Humanos (RAMOS, 2012). A Carta de São Francisco ou, simplesmente, Carta da ONU, no entanto, caracteriza-se como um tratado constitutivo de uma organização internacional e, por essa razão, suas disposições são de ordem geral. Dessa forma, ainda que os seus Estados-Membros se comprometessesem a cooperar para a promoção dos direitos humanos, a compreensão desses direitos diferia justamente entre tais Estados.

Nesse contexto, portanto, há que se destacar que importantes avanços para o desenvolvimento dos direitos humanos foram constatados. Contudo, ainda não existia uma concreta definição de quais seriam os direitos humanos a serem protegidos, nem de que forma isso ocorreria.

Importa dizer que foi por meio da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, que a ONU e seus Estados-Membros esclareceram o que entendiam como direitos humanos e liberdades fundamentais, inaugurando, em conjunto com a Convenção Internacional sobre a prevenção e punição do crime de genocídio, aprovada um dia antes também no âmbito da ONU, a existência dos direitos humanos de terceira geração ou dimensão, conhecidos como direitos dos povos e da humanidade (COMPARATO, 2013), ou, como preferem alguns, direitos de solidariedade ou fraternidade (FERREIRA FILHO, 2011).

1981, p. 50-58. ⁴ Para uma compreensão mais detalhada, ver ARENDT, Hannah. Eicchmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. Trad. José Rubens Siqueira. 1^a Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 59-77.

3 **Art. 55.** Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão [...] c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Ainda, conforme salienta Piovesan (2008), foi a partir da Declaração de 1948 que emergiu a chamada concepção contemporânea dos direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos.

Não obstante, importa mencionar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada sob a forma de Resolução da Assembleia Geral da ONU sem que lhe fosse atribuída caráter vinculante, mas de mera recomendação. Desse modo, como o texto da Declaração foi aos poucos perdendo força em razão de sua natureza jurídica, os Estados passaram a não mais cumprir o seu texto. Visando “salvar” o texto da Declaração Universal de 1948, foram produzidos dois tratados internacionais, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A produção de dois tratados deve-se ao fato de que depois da Segunda Guerra Mundial o mundo ficou dividido em dois blocos, o americano e o soviético. O bloco americano queria que fossem elaborados dois tratados, um de direitos humanos e outro de direitos econômicos e sociais. O bloco soviético, por outro lado, sustentava que um tratado seria suficiente. Prevaleceu a tese do bloco americano.

Apesar dessa separação, não há que se falar em divisão de direitos humanos, pois os dois tratados são frutos da mesma resolução (nº. 2.200-A, de 16 de dezembro de 1966), sendo que entraram em vigor internacional no mesmo ano, em 1976. Além disso, em 1968, a Conferência Internacional de Teerã⁴ deixou claro, em sua carta, que os direitos humanos são indivisíveis.

Assim, o conjunto da Carta da ONU, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como dos Pactos Internacionais (Direitos Civis e Políticos e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) formam o que se considera a Carta Internacional dos Direitos Humanos que reivindica alcance universal. Com isso, a partir desse conjunto normativo, houve um processo de universalização dos direitos humanos, permitindo a instauração de um sistema internacional de proteção, formado por tratados internacionais que buscam o alinhamento ético contemporâneo no sentido de estabelecer o consenso internacional a respeito de temas cruciais dos direitos humanos com vistas a salvaguardar aquilo que eticamente deve ser irredutível.

Cabe frisar que, em um primeiro momento, a proteção dos direitos humanos foi marcada pela tônica da proteção geral, que combatia a diferença apenas pelo conceito da igualdade formal. Entretanto, tal situação se mostrou insuficiente para por termo às desigualdades de fato, uma vez que para isso o indivíduo não deveria ser tratado de forma genérica, geral e abstrata, mas sim especificado em sua complexidade, sendo considerado sujeito de direito de forma determinada. A proteção, antes geral

⁴ A Conferência Internacional de Teerã foi a primeira Conferência Mundial de Direitos Humanos e representou a mudança do estágio de elaboração dos primeiros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos (Pactos de 1966) para o estágio de implementação desses instrumentos. Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A consolidação da capacidade processual dos indivíduos na evolução da proteção internacional dos direitos humanos: quadro atual e perspectivas na passagem do século. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio (Org). *Direitos humanos no século XXI*. [s.l.]: IPRI-FUNAG, 1998, p.19.

e abstrata, deu lugar à proteção especial e particularizada a determinados grupos. Assim, a própria diferença, que era utilizada como alvo para a desconsideração de direitos, passa a ser considerada justamente para a promoção desses direitos. As chamadas minorias, portanto, deveriam ser consideradas em suas particularidades, permitindo que, paralelamente à igualdade, o direito à diferença também fosse tido como um direito fundamental.

Nesse diapasão, Piovesan (2006) entende que o conceito de igualdade deve ser considerado sob três vertentes, quais sejam, a) igualdade formal, representando a ideia de que todos são iguais perante a lei; e b) igualdade material, sendo que esta se subdivide em duas espécies, a saber: b.1) igualdade material baseada sob o ideal da justiça social distributiva, que considera aspectos socioeconômicos; b.2) igualdade material baseada sob o ideal de justiça por meio do reconhecimento de identidades de diferentes gêneros, idade, manifestação sexual, etnia, raça, etc.

Nessa mesma esteira, acerca da igualdade material, são os ensinamentos de Santos (2003), que afirma que somente por meio do reconhecimento aliado à redistribuição será possível a realização da igualdade. Por conseguinte, para a efetivação da igualdade material, não basta que se promova a justiça social distributiva, há que se reconhecer também as diferentes identidades com suas peculiaridades.

Tendo em vista que a discriminação manifesta-se quando somos tratados igualmente, ainda que diferentes, e de maneira diferente, em situações nas quais deveríamos ser tratados como iguais, o Direito Internacional dos Direitos Humanos vale-se de duas estratégias no combate à discriminação, a saber: a) a estratégia repressivo-punitiva, que cuida de punir, proibir, a fim de eliminar a discriminação; b) a estratégia promocional, que cuida, por sua vez, de promover, fomentar e avançar na busca pela igualdade (PIOVESAN, 2006).

No tocante à estratégia repressivo-punitiva, a maior urgência se dá em erradicar todas as formas de discriminação. Para tanto, o combate à discriminação é medida essencial na garantia do pleno exercício dos direitos civis e políticos, bem como dos direitos sociais, econômicos e culturais. Cuida, portanto, de implementar o direito à igualdade, combatendo a discriminação de forma negativa, repressiva, uma vez que se baseia no conceito da igualdade formal.

Quanto à estratégia promocional, esta se desenvolveu devido ao fato do combate à discriminação de forma repressiva, por si só, não se mostrar suficiente. Dessa forma, baseia-se na ideia de que é fundamental conjugar a vertente repressiva com a promocional.

É necessário, de fato, combinar a proibição da discriminação com medidas promocionais compensatórias que visem a acelerar o processo da igualdade. Em outras palavras, não basta apenas proibir a discriminação com uma legislação repressiva, é essencial o desenvolvimento de estratégias capazes de promover e estimular a inserção social de grupos desfavorecidos e marginalizados historicamente.

Dessa forma, pode-se afirmar que, para o Direito Internacional dos Direitos

Humanos, o combate à discriminação só terá êxito por meio de medidas reais que promovam a igualdade material. Nesse contexto, as ações afirmativas podem ser consideradas como poderoso instrumento de inclusão social, em consonância com os objetivos do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

4 | AÇÕES AFIRMATIVAS E TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.

Estabelecida a relação entre as ações afirmativas e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, é necessário identificar de que forma ocorre a incorporação das normas internacionais de direitos humanos no ordenamento pátrio. Para tanto, vale-se do que preconiza o art. 5º, 2º, da Constituição Federal. Nesse sentido, o disposto no § 2º, do dispositivo em análise, estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Há que se destacar, entretanto, que doutrina e jurisprudência divergem sobre o tema.

Nesse ponto, portanto, importantes considerações fazem-se necessárias.

A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que inseriu o § 3º ao artigo 5º, estabeleceu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Tal dispositivo fez com que doutrina e jurisprudência debatessem sobre com qual status os tratados de direitos humanos seriam incorporados ao sistema jurídico brasileiro.

Acerca disso, quatro linhas de entendimento podem ser expostas, a saber: a) natureza supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos; b) natureza constitucional dos documentos internacionais de direitos humanos; c) natureza de lei ordinária dos tratados internacionais de direitos humanos; e d) natureza supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos.

A primeira corrente é defendida por Mello (1999), que sustenta a aplicação da norma que seja mais benéfica ao ser humano, independente de sua origem. A crítica a essa corrente reside na insuficiência de sua aplicação quando dois direitos entram em colisão aparente, sendo difícil identificar qual seria a norma mais favorável, uma vez que proteger determinado indivíduo, em algumas situações, significa desproteger outro (RAMOS, 2012).

A segunda corrente, a que defende o caráter constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, é defendida por autores como Ingo Sarlet e Flávia Piovesan. Sobre o tema, Sarlet (2009, p. 124) defende a equiparação entre os

direitos fundamentais⁵ independente da origem (interna ou internacional) e pugna pela “construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos”.

Para Piovesan (2003, p. 58), os direitos constantes dos tratados internacionais de direitos humanos “integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais”

A corrente em questão parecia ter sua tese acatada de forma pacífica, eis que doutrina e jurisprudência, de forma significativa, entendiam que os tratados internacionais tradicionais possuíam força hierárquica de norma infraconstitucional, ao passo que os tratados internacionais de direitos humanos constituir-se-iam em norma de hierarquia constitucional. Contudo, com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, a discussão acerca da matéria foi retomada, passando a ser objeto de novas interpretações jurisprudenciais, consoante se verifica em dois julgados do Superior Tribunal de Justiça, RHC 19975/RS e o RHC 18799/RS, com entendimentos divergentes sobre a hierarquia de tais tratados, principalmente no que se refere aos tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento brasileiro antes da Emenda Constitucional 45/2004, no sentido da necessidade de observarem ou não o requisito formal de aprovação, em dois turnos, em cada casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos respectivos membros para serem considerados equivalentes às emendas constitucionais.

Verifica-se, dessa forma, que o tema ainda não se encontra pacificado pela doutrina e jurisprudência, mesmo com a inserção do § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal. Acerca disso, conforme Emerique e Guerra (2008), em que pese o tema suscitar divergência de posicionamento, os tratados internacionais de direitos humanos seriam, de qualquer sorte, materialmente constitucionais, apresentando apenas a variação de formalmente constitucionais, dado o rito de aprovação quando incorporados ao ordenamento jurídico interno brasileiro. Tal posicionamento coaduna com o magistério de Lafer (2005), que entende que a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, para que os tratados internacionais de direitos humanos sejam reconhecidos formalmente, como normas constitucionais, devem obedecer ao rito do parágrafo 3º, do artigo 5º da Constituição Federal.

Uma terceira corrente entende que os tratados de direitos humanos ao serem incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro possuiriam a natureza de lei ordinária. Tal corrente foi adotada no Brasil tendo como referência a manifestação do Supremo

5 Cumpre destacar a imprecisão terminológica que existe na doutrina para referir-se ao tema dos Direitos Humanos, sendo que, comumente, a expressão *direitos humanos* é utilizada em alusão a direitos consagrados sobre a matéria em tratados internacionais, ao passo que a expressão *direitos fundamentais* aplicar-se-ia aos direitos de mesma natureza positivados pelo Direito Constitucional de determinado Estado. Cf RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28.

Tribunal Federal no Recurso Especial n. 80.004/SE, que tratou da colisão entre normas de direito internacional com normas de direito interno, aplicando a máxima *lex posteriori derogat priori*, tendo em vista a ausência de critérios expressos na Constituição.

Em novo julgamento, a matéria foi retomada pelo STF na apreciação pelo Plenário da Corte do HC 72.131 RJ, que versava sobre a prisão civil do depositário infiel. Novamente o STF reafirmou o entendimento no sentido de que os diplomas normativos de natureza internacional ingressam no ordenamento nacional com o mesmo status de norma ordinária, sendo que os eventuais conflitos atinentes à norma interna e à norma internacional encontrariam solução na ideia de que a lei posterior revoga a lei anterior. Tal corrente, entretanto, encontra-se superada pela jurisprudência do próprio STF, conforme se depreende da corrente seguinte, que defende a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos. Com isso, a atribuição de status de lei ordinária aos tratados internacionais aplicar-se-ia tão somente àqueles que não versem sobre direitos humanos.

Uma quarta e última corrente sobre o tema adota a ideia de que os tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento brasileiro sem a observância *pro forme* do disposto no § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal, possuem a natureza de norma supralegal, ou seja, estariam abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias.

Tal entendimento foi concebido no STF, a partir do voto do Ministro Sepúlveda Pertence no RHC nº 79785-RJ, consolidando-se, no entanto, por meio do voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 466343, que reconheceu a impossibilidade de prisão do depositário infiel no Brasil porque foi proibida essa modalidade de prisão pelo Pacto de San José da Costa Rica de 1969.

O Pacto, desde que ratificado, nunca foi considerado inconstitucional (apesar de a Constituição Federal permitir a prisão civil do depositário infiel) porque extinguiu uma das exceções da prisão civil e ampliou o direito constitucional de um indivíduo não ser preso. Hoje não há a prisão do depositário infiel porque o Pacto de San José tem *status* de supralegalidade e prevalece sobre as normas em sentido contrário.

Tendo em vista o status dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico apresentarem, para importante parte da doutrina, natureza de norma constitucional, pode-se entender a real importância a ser dada aos tratados ratificados pelo Brasil que autorizam a adoção de ações afirmativas.

Sendo assim, existem dois importantes instrumentos ratificados pelo nosso país que permitem, de forma expressa, a utilização de medidas positivas que tenham por escopo reduzir os efeitos da discriminação, quais sejam, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra a Mulher, sendo que estes seriam considerados normas materialmente constitucionais (ou supralegais).

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial,⁶

6 Art. 1º - 4. Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com

ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968, trata da questão em seu artigo 1º, nº 4. Nessa mesma esteira dispõe o art. 4º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher⁷, ratificada pelo Brasil em 1984.

Outro importante documento que permite a adoção de discriminações positivas é a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, introduzida ao ordenamento jurídico brasileiro nos termos inovadores da Emenda Constitucional nº 45/2004, sendo, portanto, considerada norma formalmente constitucional, conforme explicitado anteriormente. Trata-se, até o presente momento, do único instrumento internacional de direitos humanos que observou o rito formal de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Dessa forma, vale dizer que as ações afirmativas encontram em nosso sistema amplo respaldo jurídico, uma vez que sua adoção decorre tanto de normas oriundas do direito interno propriamente dito quanto das incorporadas ao ordenamento nacional em razão de documentos internacionais. Constatase, com isso, que o plano interno está em consonância com o plano internacional no objetivo de resolver um dos maiores problemas sociais, a discriminação real suportadas pelas minorias.

5 I CONCLUSÃO

Ações afirmativas são medidas discriminatórias positivas adotadas com o objetivo de favorecer grupos minoritários que sofreram discriminação em determinado momento histórico e que transcendem o argumento de que todos são iguais perante a lei – igualdade formal –, já que este não foi suficiente para erradicar o preconceito e as constantes injustiças ao longo dos séculos. Assim sendo, considerando que grupos marginalizados socialmente não se encontram em situação de igualdade material, pois não possuem as mesmas condições para alcançarem o sucesso em suas vidas, adotam-se tais medidas discriminatórias a favor de quem sofre a discriminação para que o ponto de partida seja igualado, a fim de permitir, também, que o ponto de chegada seja o mesmo.

Sob o ponto de vista jurídico, as políticas de ações afirmativas encontram precedentes inclusive na Constituição brasileira, como no caso dos deficientes físicos e das mulheres. Além disso, tais políticas justificam-se-iam para que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, constantes no art. 3º da Lei Maior,

o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

7 Artigo 4º - 1. A adoção pelos Estados-partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.

fossem alcançados. Tais objetivos clamariam, ainda, por um agir positivo, ao mesmo tempo em que reconheceriam, implicitamente, que o Brasil não se constitui como uma sociedade livre, justa e sem preconceitos.

Os direitos humanos propriamente ditos consistiriam em reivindicações morais, com origem no momento exato em que deveriam e poderiam nascer. Ademais, traduzem-se em processos que se constituem a partir de espaços de luta pela dignidade humana e sua manutenção, consolidando-se, em razão disso, em um sistema de valores capaz de reivindicar validade universal.

Consigna-se, ainda, que o Direito Internacional dos Direitos Humanos vale-se de duas estratégias no combate à discriminação, a estratégia repressivo-punitiva, tendo como foco a punição, e a estratégia promocional, preocupada em promover a igualdade material. Dessa forma, as ações afirmativas adotadas pelo Brasil guardam estrita relação com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, uma vez que também decorrem de convenções internacionais de direitos humanos ratificadas pelo Brasil, e, portanto, pertencentes ao ordenamento pátrio, que autorizam a adoção de tais medidas.

Por derradeiro, considerada a discriminação uma construção histórica, as ações afirmativas buscam justamente desconstruir tal legado negativo, podendo ser interpretadas como medidas efetivas que possuem como fim maior a promoção do próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos, enquadradas no contexto da estratégia promocional de combate à discriminação.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**: antisemitismo, imperialismo e totalitarismo. trad. roberto raposo. 8^a Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Trad. José Rubens Siqueira. 1^a Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

BOBBIO, Nóberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A consolidação da capacidade processual dos indivíduos na evolução da proteção internacional dos direitos humanos: quadro atual e perspectivas na passagem do século. In PINHEIRO, Paulo Sérgio (Org). **Direitos humanos no século XXI**. [s.l]: IPRI-FUNAG, 1998.

CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. **Tolerância e seus limites**: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade. São Paulo: Unesp, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

EINSTEN, Albert. **Como vejo o mundo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.

EMERIQUE, Lilian Balmant et al. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. **Revista Jurídica**, Brasília. v. 10, n. 90, Ed. Esp., p.0134, abr./maio, 2008.

FERES JR, João et al. Ação afirmativa na Índia e no Brasil: um estudo sobre a retórica acadêmica. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 17, nº 40, set/dez 2015, p. 92-123.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005.

_____. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MELLO, Celso A. O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal *In* TORRES, Ricardo Lobo (Org). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

OLIVEN, Arabela Campos. Ações afirmativas, relações raciais e política de cotas nas universidades: uma comparação entre os Estados Unidos e o Brasil. **Educação**, Porto Alegre, v. 30, jan./abr. 2007.

PIOVESAN, Flávia. A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. Ações afirmativas e direitos humanos. *In: Revista USP*, São Paulo, n.69, março/maio 2006.

PERES LUÑO, Antônio. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público** nº 15/1996.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento da diferença e da igualdade. *In Reconhecer para libertar*: os caminhos do cosmopolitismo multicultural, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003.

_____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos *In: Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra, nº 48, junho, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. Ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WEDDERBURN, Carlos Moore. Do marco histórico das políticas públicas de ação afirmativa *In: SANTOS, Sales Augusto dos (Org). Ações afirmativas e combate ao racismo nas américas*. Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005.

DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE TECNOLÓGICA: INFORMAÇÃO, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEGURANÇA HUMANA

Alini Bueno dos Santos Taborda¹

“Senhor, não partilho das suas opiniões, mas arriscaria a minha vida pelo seu direito a expressá-las.”

Voltaire (1694-1778)

RESUMO: Os direitos humanos têm sempre uma composição histórica, ou seja, dependendo do momento histórico, sua disposição será diferente. Constatção especialmente relevante, neste caso, uma vez que as mudanças históricas, no que se refere às novas tecnologias informáticas, certamente possuem forte impacto na compreensão e ampliação dos direitos humanos e fundamentais. O presente trabalho objetiva analisar a liberdade de expressão, consagrada pelos ordenamentos jurídicos democráticos, como um direito amplo, no sentido de liberdade de difundir, expressar opiniões e ideias de todos os tipos, e liberdade de procurar e de receber informação, com segurança. Abordaremos aspectos históricos relativos ao desenvolvimento do direito fundamental à liberdade de expressão e principalmente a importância dos meios de comunicação como forma de promover

a cidadania, atuando como instrumentos que possibilitem aos atores invizibilizados a oportunidade de atuar na sociedade. Busca-se em referencial bibliográfico o fundamento para ressaltar a complexidade que envolve o tema, de modo que fique claro que a luta pelos direitos humanos, hoje, implica o exercício do diálogo intercultural, pois frente a violações crescentes, como bloqueios e filtragens, e falta de proteção adequada dos dados e da privacidade pelos Estados, figura a necessidade de meios de comunicação livres para uma sociedade mais justa e democrática.

PALAVRAS-CHAVE: Novas tecnologias; liberdade; segurança humana.

1 | CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com o constante progresso das novas tecnologias, importante se faz analisar os impactos que podem advir na sociedade, principalmente no campo dos direitos humanos. Quanto aos direitos fundamentais e, mais especificamente o direito à liberdade de expressão e a intimidade, as novas tecnologias

¹ Doutoranda em Direito e Mestra em Direito Especiais pela URI – Campus de Santo Ângelo/RS , Docente na URI-Campus Cerro Largo, Advogada, Especialista em Direito Tributário e Exercício do Magistério Superior pela UNISUL/SC, Especialista em Formação Pedagógica pela Celer Faculdades/SC. Integrante do Grupo de Pesquisa CNPq Tutela dos Direitos e sua Efetividade e do grupo Cidadania e Direitos Culturais: a proteção dos direitos das minorias nos tribunais brasileiros, vinculado ao CNPq. E-mail: alinitaborda@gmail.com

podem acarretar consequências negativas que impeçam o exercício de tais direitos. Isso implica uma adaptação dos direitos já existentes, ou até mesmo a criação de outros, com o escopo de salvaguardar o pleno exercício dos direitos fundamentais por parte dos cidadãos.

As liberdades de expressar o pensamento e poder comunicá-lo estão consagradas em textos constitucionais de Estados tidos como democráticos, inclusive, em muitos, com expressa vedação ao anonimato e proibição da censura, representando uma das marcas da democracia. Atuam, portanto, como verdadeiras matérias-primas na formação da consciência individual, política e social das pessoas.

O presente trabalho propõe uma reflexão acerca dos efeitos das novas tecnologias frente aos direitos humanos, sob o prisma da liberdade de expressão e informação, seu desenvolvimento e seus impactos na questão da segurança humana, principalmente quanto a proteção de dados pessoais e o direito à privacidade/intimidade.

2 | ASPECTOS RELATIVOS AO DIREITO FUNDAMENTAL A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O ser humano é um ser social, por isso, faz parte de sua natureza a comunicação com seus semelhantes, por isso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos traz essa proteção ao direito de liberdade de expressão e comunicação:

Artº 19: Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, este direito implica a liberdade de manter as suas próprias opiniões sem interferência e de procurar, receber e difundir informações e ideias por qualquer meio de expressão independentemente das fronteiras.²

Também nesse sentido, estabelece a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu artigo 13, item três. Alertando que:

Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel da imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão da informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.³

Portanto, é a partir do estipulado na legislação internacional referente aos direitos humanos, que nos países, tidos como democráticos, a liberdade de expressão e comunicação passa a ser considerada um direito fundamental. Sendo que este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independente de fronteiras.⁴

2 **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM.** Disponível em: <http://www.mj.gov.br>. Acesso em: 12 de abril de 2016.

3 **CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS.** Disponível em: <http://mj.gov.br>. Acesso em 21 de fevereiro de 2016.

4 **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM.** Disponível em: <http://www.mj.gov.br>. Aces-

Se constitui em um dos direitos civis e políticos básicos, de tal modo que está presente em todos os instrumentos referentes a proteção dos direitos humanos, constituindo todos os sistemas democráticos, como a possibilidade, ou o direito de todas as pessoas, frise-se não apenas cidadãos de um determinado Estado, dizerem o que pensam e inclusive de criticar o governo.

Então, o Estado tenta demonstrar que consagra uma liberdade moral e de autodeterminação individual, ou seja, que não pode impor condições para o desenvolvimento do indivíduo. Mas deve, ao contrário, garantir um âmbito de autonomia e liberdade que permita o pleno desenvolvimento da personalidade da pessoa.⁵

Conforme lição de José Afonso da Silva:

O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade. (...). Vamos um pouco além, e propomos o conceito seguinte: liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal. Nessa noção, encontramos todos os elementos objetivos e subjetivos necessários à ideia de liberdade; é poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. Tudo que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrário à liberdade.⁶

Entretanto, o desenvolvimento tecnológico, trouxe novos desafios quanto a manifestação da expressão individual de opiniões e também a liberdade relativa aos meios de informação, tanto que, muitos Estados arriscam restringir o acesso a novos meios de informação em virtude de conteúdos, ou ideias, que receiam ser críticos das políticas nacionais, bem como por razões religiosas ou morais.

Porém, diante desse cenário, a grande questão que se levanta é como, diante de várias restrições ilegítimas por parte dos Estados, mas também, da utilização desses direitos e das novas tecnologias, para disseminar discursos de ódio, discriminação e violência entre os povos, como se pode realizar uma correta equação entre a liberdade de expressão e a legítima restrição com base nos interesses de uma sociedade democrática.

Certo é que os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos, estão associados diretamente aos direitos econômicos, sociais e culturais, e assim, resta claro que o exercício da liberdade de comunicação exerce uma função social, pois, leva ao desenvolvimento efetivo da cidadania, além de ser um direito líquido e certo.

so em 12 de março de 2016.

5 **SANKIEWICZ, Alexandre.** *Liberdade de Expressão e Pluralismo: perspectivas de regulação.* São Paulo. Saraiva, 2011, p. 46.

6 **SILVA, José Afonso da.** *Curso de direito constitucional positivo.* 22.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p.232.

3 | O DIREITO A INFORMAÇÃO E O PAPEL DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Analisando a informação, como um meio de formação de ideias, como tendo um valor social e também econômico muito forte, dentro de uma sociedade tida hoje como global há que tomar medidas a nível internacional que incluam organizações, Estados e também empresas, para que seja possível a partilha de informação e o seu tratamento de acordo com critérios estabelecidos e aceites por todos.

Pois, das diferentes maneiras que a exclusão se opera, surgem, consequentemente, as condições de formação de públicos “fracos” representativos dos excluídos.⁷

Segundo Fábio Comparato,⁸ na América Latina a mídia tornou-se uma das principais garantias do poder que se sucede na mão das elites. O resultado prático é que somos literalmente submersos por mensagens repetitivas destinadas a influenciar comportamentos aquisitivos, mas muito pouco informados sobre os produtos, sobre as empresas, sobre a própria responsabilidade social e ambiental do mundo econômico.⁹

Com relação a comunicação de massa, no modelo atual, essa tem o único sentido de emissão para suas mensagens, pois, quem ouve não pode emitir opinião, pelo menos no mesmo espaço ou com tamanha amplitude. Portanto, aquele que emite não está disposto a ouvir, e então, nessa relação é impossível haver igualdade e cidadania. Nesse contexto, destacamos o entendimento de Freire:

Não é no silêncio que os homens se fazem, mas na palavra, no trabalho, na ação-reflexão. Mas, se dizer a palavra verdadeira, que é trabalho, que é práxis, é transformar o mundo, dizer a palavra não é privilégio de alguns homens, mas direito de todos os homens.¹⁰

Verifica-se que o direito a informação proporciona as minorias hipossuficientes a possibilidade de atuarem como protagonistas, elaborando e difundindo sua forma de perceber o mundo. Por meio de olhares complementares, pois nesse espaço ocorre a pluralidade de opiniões sobre o cotidiano das comunidades e principalmente baseadas na solidariedade e respeito à diversidade.

A democratização da rede é um avanço inegável em diversos aspectos. Há, por exemplo, todo um potencial de agregação social que permite que grandes grupos consigam se organizar para fins políticos, o que tem ocorrido em vários lugares do mundo, inclusive, no Brasil.¹¹

Porém, é primordial frisar que a multiplicidade de oportunidades trazidas pela

7 **HABERMAS, Jurgen.** *Further reflections on the public sphere*. In: Habermas and public sphere. Cambridge: MIT Press, 1992, p. 426-427.

8 **COMPARATO, Fábio Konder.** *A Democratização dos Meios de Comunicação de Massa*. In: GRAU, Eros Roberto et al. (Org.). *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

9 **DOWBOR, Ladislau.** *Informação para a cidadania e o desenvolvimento sustentável*. 2014. p.

10 **MELO, José Marques de.** *A comunicação na pedagogia de Paulo Freire*. In: MELO, José Marques de. *Teoria da comunicação: paradigmas latino-americanos*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998, p. 281.

11 **CASTELLS, Manuel.** *Redes de indignación y esperanza: los movimientos sociales en la era de internet*. Madrid: Alianza, 2012.

tecnologia nem sempre é garantia de qualidade no conteúdo. Com as novas tecnologias surgem novas ameaças à denominada segurança humana, novas oportunidades, como o fato de a “conectividade” poder ser utilizada para fins educacionais, ou de outra banda para se cometer barbáries.

Importante, analisar que segurança humana, por parte da Organização das Nações Unidas, visa:

Proteger as liberdades essenciais do ser humano, resguardando as pessoas expostas a ameaças ou situações críticas e procurando desenvolver os seus pontos fortes e criar sistemas que proporcionem às pessoas os elementos básicos de sobrevivência, dignidade e meios de subsistência.¹²

Segurança Humana, é vista como o “direito de viver sem medo” (freedom from fear) e abarca a liberdade de expressar opinião e a liberdade dos meios de informação, nesse sentido, qualquer forma de intimidação a imprensa ou controle de meios de informação importa sem grave ameaça à segurança humana.

Conforme afirma Kevin Boyle:

Os meios de informação têm, em democracia, o papel central de informar o público e de fazer o escrutínio dos assuntos públicos sem medo de serem perseguidos, processados ou reprimidos.¹³

Porém, é notório que os meios de comunicação/informação podem desempenhar um duplo papel, atuando como beneficiários ou infratores da liberdade de expressão. Seu papel primordial seria informar sobre problemas globais, reforçar a solidariedade global, mas também podem atuar como instrumento de propaganda, a favor ou contra, o Estado ou até mesmo de particulares com interesses escusos, em sua maioria econômicos.

Diante dessas possibilidades, se constituem extremamente importantes as várias leis e os regulamentos sobre os meios de informação e comunicação, uma vez que servem para especificar direitos e restrições a liberdade da imprensa, em conformidade com acordos e normas internacionais e a lei constitucional nacional.

Então, a utilização da técnica e a liberdade de expressão ilimitada, por si só, não garantem que sempre se produzirá o bem, fato é que, em várias situações a utilização de sistemas informáticos pode até trazer mais desordem do que eficácia. Deste modo, a busca da eficácia a qualquer custo pode tropeçar na violação de alguns direitos, sendo a privacidade um dos mais afetados nessa relação.

As recorrentes situações de violação da privacidade são um dos grandes problemas da sociedade moderna, especialmente, quando conexos com as novas tecnologias da informação e comunicação.

12 **PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO- PNUD**, 1994, p.13.

13 **BOYLE, Kevin.** *Restrictions on the Freedom of Expression*. In: Asia-Europe Foundation (ASEF). The Third Informal ASEM Seminar on Human Rights. Singapore, 2000, pp. 27-37.

4 | PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS E A PRIVACIDADE COMO REQUISITOS DE SEGURANÇA HUMANA

Os avanços tecnológicos, indiscutivelmente, proporcionam uma comunicação mais veloz entre os seres humanos, dinamizando os meios através dos quais estes se relacionam. E é nesse ponto que os abusos são cometidos, pois, na medida em que se amplia o número de usuários na Internet, por exemplo, em razão da democratização das novas tecnologias, aumenta-se também a probabilidade de invasão na privacidade das pessoas.

A exemplo disso, podemos citar o relatório anual da ONU para a Liberdade de Opinião e de Expressão de 2011, onde seu relator especial, Frank La Rue, focou-se nos desafios criados pela internet, este afirmou a existência de violações crescentes, sob a forma de bloqueio e filtragem pelos Estados, que também criminalizam a expressão legítima, desconectam os utilizadores e não asseguram uma proteção adequada dos dados e da privacidade.¹⁴

Então, estamos vivendo em uma chamada sociedade em rede, fato que gera uma série de benefícios, mas que levanta várias questões ligadas à proteção e confidencialidade dos dados pessoais. Conforme assevera Vittorio Frosini,¹⁵ “*el progreso tecnológico no debe ser considerado como un bien absoluto al que se subordinan y sacrifican todos los demás valores.*”

Assim, faz-se necessário adotar diversas medidas de segurança com o objetivo de proteger dados pessoais da difusão não autorizada, do uso indevido, da perda ou alteração por meios ilícitos. Essa proteção dos dados é importante porque garante, por exemplo, que a “identidade” dos usuários da rede mundial de computadores não seja roubada, bem como que as informações não sejam utilizadas para efeitos criminosos nem deliberadamente alteradas.

Essa melhoria na segurança e privacidade de dados pessoais ocorre, ou só é possível, com a implementação de técnicas de solução mais fortes e sofisticadas. A não implementação de medidas mais atualizadas de segurança pode gerar impacto negativo na imagem e valor de empresas, e potenciais penalidades frente à legislação em vigor. Ademais, se levarmos em consideração esses fatos, o investimento feito no reforço e otimização de controles relativos à segurança e privacidade de dados representa custos pequenos.

14 United Nations Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression. 2011. The Right to Freedom of Opinion and Expression. Annual Report by Frank La Rue with a focus on the Internet and freedom of expression.,. Disponível em: <http://www.ohchr.org>. Acesso em 26 de março de 2016.

15 FROSINI, Vittorio. Los Derechos Humanos en la era tecnológica. In: PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique (Coord.). *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 91.

É certo que, a partir do surgimento das redes de telecomunicação e em especial a internet, torna-se necessário remodelar as normas que regulam o direito à proteção de dados pessoais. O que se observa é que cada vez mais as pessoas têm deixado de ter controle sobre as suas informações e têm seus dados revelados sem a imposição de qualquer limite, sob o discurso veemente da garantia a liberdade de expressão e informação. Por óbvio, é urgente refletir sobre a questão da segurança humana frente às novas tecnologias, pois as medidas que existem não se mostram suficientes para evitar a expansão de crimes cibernéticos e, por consequência, violações de direitos fundamentais.

A defesa dos direitos fundamentais envolve ainda a proteção da privacidade, preocupação constitucional, quando se prevê que todos têm direito à reserva da intimidade, vida privada e à sua imagem. Entretanto, só é possível beneficiar-se de liberdade e justiça em um ambiente de segurança.

Portanto, as novas tecnologias de informação, que prometiam as vantagens da liberdade e independência, arriscam-se a caminhar no sentido oposto, o de se optar pelo silêncio.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

As alterações sociais oriundas das tecnologias são marcadas por um paradoxo: de um lado as facilidades, de outro seus efeitos adversos, e assim, da forma a uma sociedade mais desigual, entretanto, para se falar em uma sociedade democrática, os meios de informação devem ser livres, importante também o pluralismo. Entretanto, esses meios e seu representantes devem ter particular cuidado e responsabilidade para não infringirem os direitos humanos dos outros quando exercem as suas liberdades. Assim, não se pode falar em liberdade sem associar-se a responsabilidade, uma vez que liberdade ilimitada pode levar a violações de outros direitos humanos, como por exemplo, o direito à privacidade.

Se a liberdade de expressão é fundamental para que seja permitida a livre manifestação do pensamento e a livre comunicação na Internet, para o desenvolvimento de sociedades democráticas, torna-se essencial remodelar as normas que podem adequar o direito à proteção de dados pessoais. Pois, como resultado desses avanços tecnológicos, cada vez mais as pessoas têm deixado de ter controle sobre as suas informações e têm seus dados revelados sem a imposição de qualquer limite.

Desse modo, se vivemos em uma sociedade em rede ou informacional, é necessário garantir o direito das pessoas de estarem e de se manifestarem na rede. Mas também é primordial desenvolver políticas públicas de educação digital possibilitando que as pessoas consigam saber utilizar os meios tecnológicos. Apenas dessa forma a proteção do livre discurso na rede e do acesso à internet como direitos fundamentais garante a preservação do próprio princípio da dignidade de pessoa humana em tal

ambiente.

Todos têm direito à reserva da intimidade, vida privada e à sua imagem, e a temática da privacidade atualmente se estrutura, principalmente, em torno da informação, e especificamente dos dados pessoais. Percebe-se que, para além da defesa da privacidade, o que se protege e regula, a partir de suas proposições, é o direito de acesso e o poder de controle das informações pessoais.

A base para uma ideia de privacidade, hoje, pressupõe o acesso e a segurança na internet. Não há mais barreiras intransponíveis às informações, e isto constitui um problema em matéria de proteção de dados, uma vez que uma atuação nesta área implica em uma intervenção positiva do Estado. Portanto, a concretização do direito de acesso às novas tecnologias e também da liberdade de expressão na Internet, perpassa o papel do Estado na promoção desses direitos.

É fato que estamos diante de grandes avanços da tecnologia e da ciência, e como consequência emergem diversas questões que precisam ser pensadas em consonância com uma ética para os novos tempos.

REFERÊNCIAIS

ALVES, Jose Augusto Lindgren. **A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos**, São Paulo: FTD, 1997 – Coleção Juristas da Atualidade/coordenação Helio Bicudo.

ARENKT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Igualdad y libertad**. Barcelona: Paidós, 2004.

_____. **O Futuro da Democracia: Uma Defesa das Regras do Jogo**. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

BRAVO, Álvaro Sánchez. **Internet y la Sociedad Europea de la Información: Implicaciones para los Ciudadanos**. Universidad de Sevilla, 2001.

_____. **A nova sociedade tecnológica**: da inclusão ao controle social: a Europ@ é exemplo? Tradução Clovis Gorczevski. 1. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

BOYLE, Kevin. 2000. **Restrictions on the Freedom of Expression**. In: Asia-Europe Foundation (ASEF). The Third Informal ASEM Seminar on Human Rights. Singapore, pp. 27-37.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. **Soberania de los Estados y Derechos Humanos em Derecho Internacional Contemporaneo**. 2. Ed. Madrid: Editora Tecnos, 2001.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. **Redes de indignación y esperanza**: los movimientos sociales en la era de internet. Madrid: Alianza, 2012.

_____. **A era da informação**: economia, sociedade e cultura. Vol. 1. A Sociedade em Rede.

Tradução de Roneide Venancio Majer. 6. ed. 14. reimpressão. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://mj.gov.br>

COMPARATO, Fábio Konder. **A Democratização dos Meios de Comunicação de Massa**. In: GRAU, Eros Roberto et al. (Org.). *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007, p. 15.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <http://www.mj.gov.br>

DOWBOR, Ladislau. **Informação para a cidadania e o desenvolvimento sustentável**. 2014.

FROGINI, Vitorio. **Cibernética, derecho y sociedad**. Trad. cast. de C. Salguero-Talavera y R. Soriano, con Prólogo de A. E. Pérez Luño. Madrid: Tecnos, 1982.

_____. Los Derechos Humanos en la era tecnológica. In: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (Coord.). **Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

HABERMAS, Jurgen. **Further reflections on the public sphere**. In: *Habermas and public sphere*. Cambridge: MIT Press, 1992.

LIMBERGER, Têmis. Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão. In: SARLET, Ingo. Wolfgang (org.). **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **O direito à intimidade na era da informática**: a necessidade de proteção dos dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MELO, José Marques de. **A comunicação na pedagogia de Paulo Freire**. In: MELO, José Marques de. *Teoria da comunicação: paradigmas latino-americanos*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Ciberciudadanía@ o ciudadanía@.com**. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2001.

_____. **Valores Democráticos y Redes Sociales**. In: *Constitución Europea y Teledemocracia*, Fundación Coloquio Jurídico, Madrid, 2013.

SANKIEWICZ, Alexandre. **Liberdade de Expressão e Pluralismo**: perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

UNITED NATIONS SPECIAL RAPPORTEUR ON THE PROMOTION AND PROTECTION OF THE RIGHT TO FREEDOM OF OPINION AND EXPRESSION. 2011. *The Right to Freedom of Opinion and Expression. Annual Report by Frank La Rue with a focus on the Internet and freedom of expression*.. Disponível em: <http://www.ohchr.org>. Acesso em 26 de março de 2016

SAÚDE E DIREITOS HUMANOS: EM COMUM, A BUSCA PELO BEM-ESTAR DO SER HUMANO

Noedi Rodrigues da Silva

Mestrando em Direitos Humanos (UniRitter)

RESUMO: O objetivo do artigo é, por um lado, apontar interações entre saúde e direitos humanos, no sentido de que tanto as violações aos direitos humanos causam impactos negativos sobre a saúde, quanto as políticas, programas e práticas de saúde podem causar – e não raramente causam – impactos negativos, ou violações aos direitos humanos; mas que ambos os campos também se influenciam positivamente. Por outro lado, busca-se indicar que tanto a saúde quanto os direitos humanos podem e devem ser colocados em uma perspectiva mais ampla, com o objetivo comum de promover o bem-estar do ser humano, caso em que seriam – saúde e direitos humanos – campos complementares, e não antagônicos. Por fim, destaca-se a necessidade, ou pelo menos a conveniência de que sejam adotadas abordagens de direitos humanos, no campo de promoção e proteção da saúde, e de saúde, no campo de promoção e proteção dos direitos humanos, com ganhos para ambos os lados.

PALAVRAS-CHAVE: saúde; direito à saúde; direitos humanos; bem-estar humano; direito internacional.

ABSTRACT: The purpose of this article is to point out interactions between health and human rights, in the sense that both human rights violations cause negative impacts on health, and health policies, programs and practices can cause - and not infrequently cause - negative impacts, or violations of human rights; but that both fields also have a positive influence. On the other hand, it seeks to indicate that both health and human rights can and should be placed in a broader perspective, with the common goal of promoting the well-being of the human being, in which case they would be - health and human rights - complementary, not antagonistic, fields. Finally, it is necessary to emphasize the need, or at least the convenience, of adopting human rights approaches in the field of health promotion and protection, and health, in the field of promotion and protection of human rights, with gains for both the sides.

KEYWORDS: health; right to health; human rights; human well-being; international right.

1 I INTRODUÇÃO

Harrington e Stuttaford (2010, p. 1) relatam que, nas últimas décadas, o direito humano à saúde foi movido para o centro do debate político e de políticas sociais através do globo. Segundo eles, organizações sociais

colocaram esse direito no coração de campanhas por justiça social a nível nacional e global. Sobre isso, *Tobin* (2012, p. 57) obtempera que, não obstante os progressos alcançados, evidências empíricas sugerem que o *status* e relevância do direito à saúde são muito menos seguros e muito mais marginalizados do que indicaria a afirmação de Harrington e Stuttaford.

Saúde e direitos humanos não costumam aparecer muito relacionados, ao menos não de modo explícito. Dito de outro modo, como regra, discussões sobre saúde raramente incluem considerações sobre direitos humanos e, do mesmo modo, o discurso sobre os direitos humanos quase nunca se desenvolve de uma perspectiva de saúde (MANN *et al*, 2013, p. 16). O que de certo modo é surpreendente, na medida em que o direito à saúde é, pelo menos nos dias atuais, amplamente reconhecido como um direito humano inalienável, intimamente ligado ao direito à vida, e até mesmo utilizado como exemplo da interconectividade dos direitos humanos. Isto porque satisfazer o direito à saúde exige a satisfação, também, de outras necessidades humanas, sejam elas físicas (ar puro, água potável, alimento, etc), sejam elas sociais ou psicológicas (pertencimento a família, grupo, comunidade, etc); e de outra sorte, sem proteção à saúde todos os demais direitos, inclusive o direito à vida, ficam comprometidos, ou têm dificultado o seu exercício.

Vista a questão por outro ângulo, são comuns as constatações de que violações aos direitos humanos, pelo menos nas suas formas mais óbvias, como é o caso da tortura, repercutem negativamente sobre a saúde e, do mesmo modo, práticas, programas e políticas de saúde, isto é, medidas adotadas com vistas a promover e proteger a saúde, em muitos casos acarretam algum tipo de restrição aos direitos humanos. Não é menos evidenciado que a realização dos direitos humanos repercutem positivamente na saúde e, inversamente, um elevado nível de saúde repercutem positivamente na realização e gozo dos direitos humanos.

Não se trata, aqui, de um conflito aparente entre dois direitos humanos, ou entre um direito humano e os demais, pois o foco principal do estudo não é o direito à saúde, mas sim as políticas, programas e práticas em saúde, de um lado, e o conjunto dos direitos humanos, de outro. Talvez se pudesse afirmar que as medidas adotadas com vistas a promover e proteger um direito humano, o direito à saúde, podem e de fato acarretar, violações a outros direitos humanos. Indo além, talvez até se pudesse, estudando mais, concluir que as medidas adotadas com vistas a promover e proteger um direito social, tende a impor restrições a direitos de liberdade, mas isso não será aprofundado aqui.

O que se pretende é, à vista dessa tensão existente entre os dois campos, o da saúde e o dos direitos humanos, desenvolver a ideia de que, para além de ambos, haveria um objetivo comum, que é o bem-estar, ou quem sabe a qualidade de vida do ser humano. A partir disso, se apontará, na doutrina especializada, razões para que abordagens mais amistosas e informadas sejam adotadas, tanto no campo da saúde, quanto no dos direitos humanos.

Para tanto, será necessário sumariar alguns conceitos, ou ideias, com vistas a bem situar o debate ora proposto, e que seriam os conceitos ou ideias de saúde, saúde pública, direitos humanos e direito à saúde. A perspectiva, neste artigo, será o direito internacional, e não será possível abordar todas as dificuldades que cercam a concretização do direito à saúde e dos demais direitos humanos, tendo em vista os limites deste artigo.

2 | CONCEITO DE SAÚDE NO DIREITO INTERNACIONAL

Conforme *Talavera Fernandes* (2016, p. 38), antes de junho de 1946 a saúde era definida em termos negativos, ou seja, correspondia à constatação de ausência de doenças e, por conseguinte, o correto funcionamento do organismo. O autor transcreve definição constante em dicionário, segundo a qual saúde era “o estado no qual um ser orgânico exerce normalmente suas funções”, definição de índole fundamentalmente biológica, objetivista, que serviu de base ao conceito de enfermidade, largamente utilizado em medicina clássica e que se concretizava em “um estado de anormalidade no exercício das funções por parte de um ser orgânico”.

Então a OMS, em junho de 1946, em sua assembleia fundacional, definiu a saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doenças ou enfermidades”. Segundo *Talavera Fernandes*, “com esta definição, que abarca praticamente todos os aspectos da vida humana, a saúde se converteu em uma ‘categoria subjetiva’: é dizer, já não se trata de um parâmetro biológico senão de uma ‘aspiração’ definida pelo próprio indivíduo”.

Tobin (2012, p. 276), para o qual a definição de saúde é necessária, com vistas a impor limites ao alcance desse mesmo termo, concorda que, por um lado, a inclusão do conceito de bem-estar social na definição de saúde, pela OMS, “é muito abrangente”, mas por outro lado, a tradicional definição biomédica de saúde, como a ausência de doença, “é muito estreita”. Argumenta que o atual significado de saúde deveria estender-se a um modelo biopsicossocial, que reconhecesse o potencial para fatores sociais, e não apenas a condição patológica, para limitar o funcionamento de um indivíduo dentro da sociedade.

Mann et al (2013, p. 16-7) consideram que o moderno conceito de saúde – aquela formulação da OMS – deriva de duas disciplinas que, embora distintas, estão relacionadas: medicina e saúde pública. Para eles, “enquanto a medicina geralmente foca na saúde do indivíduo, a saúde pública enfatiza a saúde das populações”. Destacam, na dimensão individual de saúde, trecho da *Ottawa Charter for Health Promotion* (1986), no sentido de que “um indivíduo ou grupo deve ser capaz de identificar e realizar aspirações, para satisfazer necessidades, e para mudar ou lidar com o ambiente”; e na dimensão coletiva, trecho da Declaração de Alma-Ata (1978), no sentido de que “[...] objetivo social cuja realização requer a ação de muitos outros

setores econômicos e sociais em adição ao setor da saúde”.

Para os fins deste artigo, importa anotar brevemente o que se entende por *saúde pública*, na medida em que é no âmbito da saúde pública que vêm as políticas, programas e práticas de saúde com potencial de restrição aos direitos humanos. Como consignado por *Jonathan Mann* (1996, p. 141-2), a saúde pública deriva do conceito de saúde da OMS e do Relatório do Instituto de Medicina, de 1988, este definindo que o papel da saúde pública é o de “garantir as condições em que as pessoas podem ser saudáveis”. E conclui que a saúde pública, assim, procura assegurar as condições básicas essenciais nas quais as pessoas possam aumentar seu bem-estar físico, mental e social.

3 | UMA IDEIA DE DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos são, conforme definido por *Tarantola e Gruskin* (2013, p. 44), “o que os governos podem fazer a você, não podem fazer a você e devem fazer por você”. Os mesmos autores descrevem os *direitos humanos* como sendo *inalienáveis* (os indivíduos não podem perder esses direitos, assim como não podem deixar de ser seres humanos); *indivisíveis* (aos indivíduos não pode ser negado um desses direitos, por ser considerado menos importante ou não essencial); *interdependentes* (todos os direitos humanos são parte de uma estrutura complementar, cada um deles impactando e sendo impactado por todos os outros); e que os direitos humanos focam na relação entre o Estado – primeiro garantidor e protetor dos direitos humanos – e indivíduos, que titularizam direitos humanos pelo simples fato de serem humanos (local citado).

A busca por reconhecimento dos direitos humanos retroagiria, segundo *Hunt* (2008, p. 15), a 1776, com a frase de *Thomas Jefferson*, frase que, revisada pelo próprio autor, integra a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, é tida como uma das frases mais conhecidas no idioma inglês e conteria as palavras mais potentes e consequentes da história americana (wikipedia.org): *Consideramos estas verdades como auto-evidentes, que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão vida, liberdade e busca da felicidade*. Esta seria a origem dos direitos humanos, que para outros, seria a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, francesa, de 1789, a qual declara que todos os homens nascem iguais e permanecem livres e iguais em direitos.

Importa registrar, para os fins desse tópico, que foi a Segunda Guerra que, com suas atrocidades, impulsionou decisivamente a adoção, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, contemplando um extenso rol de direitos. Contudo, a consagração dos direitos humanos na DUDH, não foi, nem seria suficiente para assegurar a efetiva promoção e proteção dos direitos reconhecidos, dentre outras razões, porque à Declaração faltava normatividade, ou seja, não gerava, pelo menos

não com força suficiente, obrigações aos estados que haviam chancelado aquela declaração, dita universal. Assim é que em 1966, em Nova Iorque, a Assembleia Geral da ONU aprovou, simultaneamente, dois instrumentos, dependentes de ratificação e, portanto, geradores de obrigações para os estados que os ratificassem: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – PIDCP e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais – PIDESC. Como se sabe, essa bifurcação entre direitos civis e políticos, de um lado, e econômicos, sociais e culturais, de outro, justificada pelas distintas formas de monitoramento, acarretou um enorme atraso na concretização dos últimos, pois enquanto a criação de um Comitê e de um Protocolo Facultativo para os direitos civis e políticos seguiu-se à aprovação do PIDCP, o comitê DESC foi criado em 1985 e o Protocolo Facultativo ao PIDESC só veio em 2008 – exatamente no sexagésimo aniversário da DUDH –, com vigência internacional em 05/05/2013.

E finalmente, os direitos humanos passaram a ser assegurados em outros instrumentos, além dos dois Pactos antes mencionados, mais precisamente em convenções internacionais, como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra Mulheres, de 1979; a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1990; a Convenção sobre a Eliminação de toda as Formas de Discriminação, de 1995; e outras, que integram o chamado direito internacional dos Direitos Humanos. Com menor alcance, há os tratados regionais de direitos humanos, podendo-se destacar as convenções Europeia e Americana de Direitos Humanos.

4 I DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO HUMANO: CONCEITO E ALCANCE, NO DIREITO INTERNACIONAL

A Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, de 1948, em seu artigo 25 estabelece que “Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários [...]. O direito à saúde, como outros direitos econômicos, sociais e culturais é, atualmente, reconhecido como um direito inalienável, juntamente com os tradicionais direitos civis e políticos.

Conhecer o caminho percorrido pelo direito à saúde, até ser incorporado no principal instrumento do direito internacional, como um direito humano, auxilia na compreensão do direito à saúde, como concebido atualmente. *Tobin* (2012, p. 65-6 e 87), afirma que o exame da história do direito à saúde revela que esse direito não é, como muitas vezes se afirma, produto da ideologia comunista, mas pelo contrário, a linhagem desse direito é entrelaçada com os genes de uma gama de diversos atores – o legado do Iluminismo, as falhas da Revolução Industrial, o desenvolvimento de uma distinta filosofia latino-americana firmemente embasada em valores católicos sobre

justiça, o impacto da Grande Depressão, a emergência do moderno estado de bem-estar social e a personalidade de indivíduos como Franklin D. Roosevelt. Ademais, o direito à saúde é profundamente interconectado com a história da saúde pública, que revela uma antiga aceitação da necessidade de os Estados adotarem medidas para proteger a saúde de suas populações.

A busca por reconhecimento do direito à saúde, no direito internacional, seguiu o mesmo caminho dos direitos humanos em geral, como acima mencionado. Mas como faz notar *Tobin* (2012, p. 83), nem a Declaração americana, nem a francesa, nem os antecedentes English Magna Carta (1215), English Bill of Rights (1689), US Bill of Rights (1791) e Declaração francesa (1793), fizeram referência ao direito à saúde, embora a última tenha incluído o que atualmente se consideram direitos econômicos e sociais (educação e assistência social). A própria DUDH não incluiu o direito à saúde como um direito específico, mas sim no bojo do artigo 25.1, juntamente com outros direitos econômicos e sociais (alimentos, roupas, moradia, cuidados médicos e serviços sociais).

O artigo 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais – PIDESC, de 1966, dispôs que “Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir”, além de estabelecer as medidas que os Estados devem adotar com vistas a assegurar o pleno exercício desse direito. Esta formulação, distinta daquela adotada na DUDH, reflete o conceito de saúde adotado no preâmbulo da Constituição da OMS, de 1946, que definiu saúde como “[...] um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”.

Porém, os governos passaram a abordar de formas diferentes as suas obrigações, decorrentes do PIDESC, o que levou o organismo encarregado de monitorar a aplicação do Pacto – o Comitê DESC, criado em 1985 e cuja primeira reunião foi em 1987 – a procurar esclarecer as obrigações dos Estados. O fez por meio do seu Comentário Geral nº 14, um texto interpretativo adotado em maio de 2000. Este Comentário Geral “demonstra como a realização do direito à saúde depende da realização de outros direitos humanos, incluindo os direitos à vida, alimentação, habitação, usufruto dos benefícios do progresso científico e sua aplicação, liberdade de procurar, receber e transmitir informações de todos os tipos, não discriminação, proibição da tortura e liberdade de associação, reunião e circulação” (*Compreender os Direitos Humanos: manual de educação para os direitos humanos*, p. 6).

Além disso, o Comentário Geral nº 14 estabelece quatro critérios para avaliar o direito à saúde: a *disponibilidade* (inclui o funcionamento da saúde pública e dos bens e serviços de saúde, assim como de programas, que precisam estar disponíveis em quantidade suficiente); a *acessibilidade* (das instalações, bens e serviços de saúde; exige a não discriminação, a acessibilidade física, a acessibilidade econômica e a informação adequada); a *aceitabilidade* (exige que todos os serviços de saúde, bens e serviços respeitem a ética médica; sejam culturalmente apropriados, sensíveis ao

gênero e às condições do ciclo da vida; e projetados para respeitar a confidencialidade e melhorar a saúde e o estado da saúde daqueles a quem se dirige); e a *qualidade* (requer que os bens e serviços de saúde sejam apropriados e de boa qualidade, tanto do ponto de vista da ciência quanto do ponto de vista médico).

E finalmente, a formulação do direito à saúde, no direito internacional, se consolida com o aparecimento do mesmo estândar, que primeiro surgiu no preâmbulo da Constituição da OMS, agora em outros instrumentos, além do PIDESC, mais precisamente em convenções internacionais, como a Convenção sobre os Direitos da Criança, que em seu artigo 24.1 assegura o “direito a gozar do melhor estado de saúde possível”; e a Convenção sobre os direitos das Pessoas com Deficiência, que em seu artigo 25 assegura às pessoas com deficiência “o direito de gozar do estado de saúde mais elevado possível, sem discriminação baseada na deficiência”.

A partir dessa formulação, iniciando-se pelo preâmbulo da Constituição da OMS, passando pelo PIDESC e chegando às convenções internacionais antes mencionadas, o direito à saúde se estabeleceu, no direito internacional, como o direito ao mais alto nível possível de saúde. Com menor alcance, há tratados regionais de direitos humanos, que igualmente definiram o direito à saúde, podendo-se destacar o artigo 11 da Carta Social Europeia, de 1961, revista em 1996; o artigo 10 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de DESC, de 1998; e o artigo 16 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981.

Quanto ao significado do direito à saúde, no direito internacional, há muitos enfoques possíveis, mas aqui mencionaremos os aspectos que, segundo *Tobin (2012, p. 274/371)*, delimitariam suficientemente o significado e o alcance do “mais elevado nível de saúde atingível”, que é o interesse no qual o direito à saúde está fundamentado. São eles: a) a obrigação geral imposta aos estados para reconhecer o direito à saúde no direito internacional; b) passos específicos a serem tomados pelos estados para conseguir realizar plenamente o direito à saúde no direito internacional; c) a obrigação para abolir tradicionais/culturais práticas que são prejudiciais à saúde do indivíduo; e d) a obrigação dos estados para cooperar com e assistir outros estados na completa realização do direito à saúde no direito internacional. Depois de examiná-los, o autor oferece quatro argumentos centrais, sobre o alcance e a natureza do direito à saúde. O *primeiro* é que o direito à saúde não é um direito a ser saudável, mas um direito a receber e desfrutar de serviços, instalações e condições que são necessárias para prevenir, remediar e mitigar problemas de saúde. O *segundo* é que, sendo impróprias as definições de saúde como patologia ou com foco na ideia de normalidade, então um modelo biopsicossocial de saúde é defendido, com vistas a evitar o potencial de estigmatização que vem associado ao modelo patológico, e garantir que os estados alarguem a sua investigação para além da condição do indivíduo, para considerar fatores externos que devem ser enfrentados no desenvolvimento apropriado de serviços, instalações e condições para assegurar a saúde de um indivíduo. O *terceiro* é que, embora se deva ter cautela ao incluir no alcance do direito à saúde tudo o que

tem um impacto sobre a saúde de um indivíduo, uma base prática e de princípios justifica a inclusão da autonomia sexual e contra o tratamento médico não consensual, dentro do alcance do direito à saúde. E o quarto argumento é que a adoção dos elementos essenciais estruturados pelos corpos de monitoramento dos tratados de direitos humanos, nomeadamente que os serviços de saúde devem ser disponíveis, acessíveis, aceitáveis e de qualidade apropriada, é uma ferramenta interpretativa apropriada, para identificar os elementos que constituem o direito à saúde.

Este seria, portanto, o significado ou o alcance do direito à saúde, no direito internacional: não é um direito a ser saudável, mas um direito a receber e desfrutar de serviços, instalações e condições necessárias para prevenir, remediar e mitigar problemas de saúde; no desenvolvimento de serviços, instalações e condições para assegurar a saúde de um indivíduo, devem-se considerar fatores externos à condição do indivíduo, na base de um modelo biopsicossocial de saúde; a autonomia sexual e contra o tratamento médico não consensual, deve ser incluída no alcance do direito à saúde; e os elementos essenciais indicados no Comentário Geral 14 do Comitê DESC – disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade apropriada – constituem guia adequado para identificar os elementos que constituem o direito à saúde.

5 | IMPACTOS DAS POLÍTICAS, PROGRAMAS E PRÁTICAS DE SAÚDE, SOBRE OS DIREITOS HUMANOS

Como relatam *Mann et al* (2013, p. 20), em todo o mundo, cuidados de saúde são providenciados através de diversos mecanismos, tanto públicos quanto privados. Contudo, as responsabilidades da saúde pública são realizadas por meio de políticas e programas elaborados e implementados pelo Estado, ou com suporte deste. Assim, com vistas a identificar os impactos das políticas, programas e práticas de saúde, sobre os direitos humanos, importa contextualizar as funções principais da saúde pública.

Conforme os autores, as três funções centrais da saúde pública são: 1) avaliar necessidades e problemas de saúde; 2) desenvolver políticas para enfrentar questões prioritárias; e 3) assegurar programas para implementar metas estratégicas de saúde. Potenciais benefícios, bem como restrições aos direitos humanos, podem ocorrer na persecução de cada uma dessas três áreas de responsabilidade da saúde pública. Por exemplo, avaliações envolvem coleta de dados sobre importantes problemas de saúde em uma população, e uma falha do estado no reconhecimento de um problema de saúde que afete especialmente um grupo marginalizado ou estigmatizado, pode violar o direito à não discriminação, conduzindo à negligência de serviços necessários, o que por sua vez, pode afetar a realização de outros direitos, incluindo o direito à segurança em caso de doença ou incapacidade, ou ao cuidado especial e assistência dos quais mães e crianças são titulares, conforme o artigo 25 da DUDH.

Uma vez decidido quais problemas serão avaliados, a metodologia de coleta

de dados pode criar encargos ou restrições adicionais aos direitos humanos. Coletar informações de indivíduos, como: se eles estão infectados com o vírus da imunodeficiência (HIV); se têm câncer de mama; ou são geneticamente predispostos a doenças cardiovasculares, claramente pode afetar ou restringir o direito à segurança pessoal (associado com o conceito de consentimento informado), e de interferência arbitrária na privacidade dos indivíduos. Adicionalmente, o direito à não discriminação pode ser ameaçado mesmo por um exercício aparentemente simples de coleta de informações. Por exemplo, uma pesquisa sobre saúde realizada por telefone, excluindo famílias sem telefone (normalmente famílias com baixo *status socioeconômico*), pode resultar em uma avaliação tendenciosa, que por sua vez, pode resultar em políticas ou programas que falham no reconhecimento ou na satisfação de necessidades de uma população inteira. Também, estado de saúde pessoal ou informações sobre o comportamento sexual (como orientação sexual ou histórico de uso de drogas) têm a possibilidade de serem mal utilizadas pelo estado, diretamente ou disponibilizando tais informações a terceiros, resultando em graves danos aos indivíduos e violações a muitos direitos. O mau uso de informações sobre o estado de infecção com HIV acarreta restrições ao direito ao trabalho e à educação, violações ao direito ao casamento e a constituir família, ataques contra a honra e a reputação, limitações à liberdade de movimento; detenções arbitrárias ou exílio; e até mesmo tratamento cruel, degradante ou desumano.

A segunda principal tarefa da saúde pública é desenvolver políticas para prevenir e controlar problemas de saúde prioritários. Importantes restrições aos direitos humanos podem surgir no processo de desenvolvimento de políticas. Exemplificam *Mann et al* (2013, p. 20-1), que se um governo se nega a divulgar as bases científicas da política em saúde, ou a permitir debates sobre o seu mérito, ou, de outro modo se recusa a informar e a envolver o público no desenvolvimento da política, os direitos a “procurar, receber e transmitir informações e ideias...independentemente das fronteiras” (DUDH, art. 19) e “tomar parte no governo...diretamente ou através de escolha livre de representantes” (DUDH, art. 21), podem ser violados. De modo que a priorização de questões de saúde pode resultar em discriminação contra indivíduos, como quando o principal problema de saúde de uma população definido em bases de sexo, raça, religião ou linguagem, recebem, sistematicamente, baixa prioridade (e. g., doença de célula falciforme nos EUA, a qual afeta primariamente a população africana e americana; ou mais globalmente, mortalidade materna, câncer de mama e outros problemas de saúde das mulheres).

A terceira função nuclear da saúde pública, de assegurar serviços capazes de realizar os objetivos das políticas, é também intimamente ligado com o direito à não discriminação. Quando serviços sociais e de saúde não levam em conta barreiras logísticas, financeiras e sócioculturais para o acesso a elas, facilmente pode ocorrer discriminação, intencionalmente ou não. Por exemplo, em clínicas para a saúde de mães e crianças, detalhes como horários do serviço, acessibilidade através do

transporte público e disponibilidade de creches podem influenciar forte e negativamente a utilização do serviço.

Segundo *Mann et al* (obra e local citados), é essencial reconhecer que em busca da realização de cada uma destas funções nucleares e responsabilidades, a saúde pública pode sobrecarregar direitos humanos. Segundo os autores, no passado, quando restrições a direitos humanos eram reconhecidas, elas eram normalmente justificadas como necessárias para a proteção da saúde pública. Na verdade, a saúde pública tem uma longa tradição, ancorada na história do controle das doenças infecciosas, de limitação de “direitos de poucos” para o “bem de muitos”. Assim, medidas coercitivas como testes e tratamentos obrigatórios, quarentena e isolamento, são consideradas medidas básicas de controle tradicional das doenças transmissíveis.

6 | IMPACTOS DAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS, NA SAÚDE

Tarantola e Gruskin (2013, p. 51) desenvolvem consistente e abrangentemente este ponto de contato da saúde com os direitos humanos. Eles destacam, por exemplo, que agentes e profissionais de saúde, agindo em nome do Estado, estão acostumados a aplicar restrições à liberdade individual, nos casos em que o gozo desses direitos cria uma ameaça, real ou percebida, para a população em geral.

Como registram *Mann et al* (2013, p. 22), os impactos na saúde são evidentes quando se trata de certas violações severas de direitos humanos, como é o caso da tortura, prisão sob condições desumanas, execuções sumárias e desaparecimento. Por esta razão, experts em saúde preocupados com os direitos humanos têm cada vez mais disponibilizado a sua expertise para ajudar a documentar esses abusos. Exemplos desse tipo de colaboração médica para os direitos humanos incluem exumações de valas comuns para examinar alegações de execuções; exames de vítimas de tortura; e entrada de pessoal em prisões, para avaliar o estado de saúde dos prisioneiros.

Contudo, os impactos das violações de direitos humanos na saúde vão além dessas questões, em pelo menos dois modos: *primeiro*, a duração e extensão dos impactos na saúde, resultantes de severos abusos de direitos e dignidade permanecem, geralmente, não apreciados. Tortura, aprisionamento sob condições desumanas ou trauma associado ao testemunho de execuções sumárias, sequestro ou maus tratos a terceiros, têm sido associados a severos efeitos, provavelmente para a vida toda, sobre o bem-estar físico, mental e social das vítimas. Adicionalmente, uma compreensão mais profunda dos efeitos negativos da tortura sobre a saúde deve também incluir a sua larga influência sobre bem-estar mental e social; tortura é normalmente usada como uma ferramenta política para desencorajar pessoas de participação significativa ou resistência ao governo (*MANN et al*, 2013, p. 22-3).

Em segundo lugar, e para além desses sérios problemas, são crescentes as

evidências de que violações de muitos outros, senão de todos os direitos humanos, têm efeitos negativos sobre a saúde. Os autores exemplificam: o direito à informação pode ser violado quando cigarros são comercializados sem que o governo assegure que informações referentes aos efeitos danosos do tabaco na saúde estejam também disponíveis. O custo desta violação para a saúde pode ser quantificado através de medidas de doenças evitáveis relacionadas ao tabaco, incapacidade e morte prematura, incluindo excesso de cânceres, doenças cardiovasculares e respiratórias. Outras violações do direito à informação, com impactos substanciais sobre a saúde, incluem a retenção governamental de informações científicas válidas sobre anticoncepção ou medidas (e. g. preservativos) para prevenir infecções com o HIV.

Como outro exemplo, mencionam que o enorme problema mundial de doenças ocupacionais, incapacidade e morte reflete violações ao direito de trabalhar sob “condições justas e favoráveis” (DUDH, art. 23). Ponderam que nesse contexto a identificação, pelo Banco Mundial, do aumento da escolaridade das mulheres como uma intervenção crítica para melhorar o estado de saúde em nações em desenvolvimento, expressa poderosamente o impacto penetrante da realização dos direitos (no caso, dos direitos à educação e à não-discriminação com base no sexo), sobre o estado de saúde da população.

Um problema relacionado, mas ainda mais complexo, envolve – ainda segundo *Mann et al* – o potencial impacto na saúde associado a violações da dignidade, individual e coletiva. A Declaração Universal dos Direitos Humanos considera dignidade, do mesmo modo que os direitos, inerente, inalienável e universal. Embora importantes impactos sobre a saúde relacionados à dignidade possam incluir problemas como o mau estado de saúde de muitos povos indígenas, falta um vocabulário e um enquadramento coerentes para caracterizar a dignidade e as diferentes formas de violação à dignidade. Uma taxonomia e uma epidemiologia das violações da dignidade podem revelar uma enorme quantidade de danos ao bem-estar físico, mental e social, antes suspeitos, embora não nomeados e, portanto, não documentados.

A avaliação dos impactos na saúde decorrentes de violações de direitos, está ainda nos seus primórdios. Progresso nesse sentido exigirá uma capacidade mais sofisticada para documentar e avaliar violações de direitos; a aplicação de metodologias médicas e das ciências sociais para identificar e avaliar efeitos no bem-estar físico, mental e social; e pesquisa para estabelecer válidas associações entre violações de direitos e impactos na saúde (MANN et al, 2013, p. 23).

7 | OBJETIVO COMUM E COMPLEMENTARIDADE

Para *Tarantola e Gruskin* (2013, p. 56), saúde e direitos humanos, juntos e com independência um do outro, chegaram a um grau de proeminência no discurso político e público, nunca antes testemunhado. Os campos da saúde e dos direitos

estão iluminados, atualmente, pelos seus pontos em comum, não mais pelas suas diferenças. Ainda segundo esses autores, “ambos são obrigações dos governos em relação ao seu povo; e cada um suporta e requer o cumprimento do outro”.

A ideia de que promover e proteger direitos humanos está indissoluvelmente ligado ao desafio de promover e proteger a saúde – defendida por *Mann et al* –, deriva, em parte, do reconhecimento de que saúde e direitos humanos são abordagens complementares para o problema central, da definição e do avanço do bem-estar humano. Essa conexão fundamental conduz para além da simples, embora ampla menção de saúde na DUDH (art. 25) e das responsabilidades específicas dos estados relacionadas à saúde, listadas no artigo 12 do PIDESC, incluindo: redução da morte fetal e da mortalidade infantil, promovendo o desenvolvimento saudável da criança; melhoria da higiene ambiental e industrial; prevenção, tratamento e controle de epidemias, endemias, doenças ocupacionais e outras; e garantia de cuidados médicos.

Modernos conceitos de saúde reconhecem que as condições subjacentes estabelecem a base para a realização do bem-estar físico, mental e social (ver, além dos autores citados neste ponto, *Istúriz, Acevedo e Jiménez*, 2012, especialmente p. 4 e seguintes). Dada a importância dessas condições, é notável como têm recebido pouca atenção nas pesquisas de saúde, para a precisa identificação e compreensão dos modos de ação dessas condições, importância relativa, e possíveis interações.

A análise mais amplamente aceita foca, segundo *Mann et al*, no *status socioeconômico*; a relação positiva entre elevado *status socioeconômico* e melhor estado de saúde é bem documentada. No entanto, esta análise possui, para os autores citados, pelo menos três importantes limitações. Primeiro, ela não responde adequadamente a um crescente número de observações discordantes, como: a crescente longevidade dos homens e mulheres casados canadenses, comparados com os seus conterrâneos não casados (viúvos, divorciados, nunca casados); estados de saúde diferentes entre populações minoritárias e majoritárias, que persistem mesmo quando medidas tradicionais de *status socioeconômico* são consideradas; ou relatórios sobre resultados diferenciais marital, econômico e educacional entre mulheres obesas, em comparação com não-obesas.

Um segundo problema reside nas definições de pobreza e suas relações com o estado de saúde. Claramente, pobreza pode ter diferentes significados em saúde. Por exemplo, distinções entre o significado em saúde, de pobreza absoluta e pobreza relativa, têm sido propostas.

Uma terceira dificuldade prática é que o paradigma socioeconômico cria um desafio esmagador, para cujo enfrentamento os profissionais de saúde não estão nem treinados, nem equipados. Além disso, a identificação de *status socioeconômico* como “condição essencial” para boa saúde, pode, paradoxalmente, encorajar complacência, apatia e até mesmo paralisia de políticas e programas (MANN et al, 2013, p.24).

Abordagens complementares ou alternativas, sobre a natureza das condições essenciais para a saúde, estão emergindo. Por exemplo, a *Ottawa Charter for Health*

Promotion (1986) foi além da pobreza para propor que “as condições e recursos fundamentais para a saúde são paz, moradia, recursos sustentáveis, justiça social e equidade”.

8 I CONVENIÊNCIA DE ABORDAGENS AMISTOSAS EM AMBOS OS CAMPOS

Ante o quadro delineado nos itens 5, 6 e 7, não há dúvidas de que abordagens mais informadas e colaborativas, tanto no campo da saúde quanto no dos direitos humanos, só pode beneficiar a ambos. Por exemplo, considerar violações de direitos como um ponto de partida para o reconhecimento de problemas de saúde, pode ajudar a descobrir encargos anteriormente não reconhecidos sobre o bem-estar físico, mental e social. E de uma perspectiva dos direitos humanos, a documentação de impactos na saúde resultantes da violação de direitos humanos pode contribuir para aumentar a consciência social sobre a importância de promover e proteger os direitos humanos.

A experiência com a epidemia global de HIV/AIDS, apontada por estudiosos como a gênese do processo de integração dos direitos humanos à saúde (TARANTOLA E GRUSKIN, 2013, p. 48), sugere uma abordagem analítica mais profunda, utilizando uma análise de direitos, e não apenas dos fatores tradicionais de saúde. *Mann et al* mencionam, por exemplo, que mulheres casadas, monogâmicas, no leste da África, estão relacionadas como infectadas com HIV. Embora estas mulheres saibam sobre HIV e preservativos sejam acessíveis naquele mercado, o fator de risco delas é a sua inabilidade para controlar o comportamento dos seus maridos, ou para recusar uma relação sexual indesejada ou desprotegida. A recusa pode resultar em dano físico, ou em divórcio, o equivalente a uma morte social e econômica para essas mulheres. Além disso, a vulnerabilidade das mulheres para o HIV é, agora, reconhecida como integralmente conectada com discriminação e desigualdade de direitos, envolvendo propriedade, casamento, divórcio e herança. O sucesso da promoção de preservativos para HIV, nesta população, é limitado, na ausência de mudanças sociais e nas leis, que, promovendo e protegendo os direitos das mulheres, fortalecesse as suas habilidades para negociar a prática sexual e se protegerem da infecção do HIV.

Mais amplamente, a evolução da pandemia HIV/AIDS mostrou um consistente padrão através do qual discriminação, marginalização, estigmatização e, mais genericamente, uma falta de respeito pelos direitos humanos e dignidade de indivíduos e de grupos, eleva a vulnerabilidade deles, expondo-os ao HIV. Neste sentido, HIV/AIDS pode ser ilustrativo de um fenômeno mais geral, no qual a vulnerabilidade de indivíduos e de grupos para doenças, incapacidade e morte prematura, está ligado ao *status* de respeito aos direitos humanos e à dignidade (MANN et al, 2013, p. 24-5).

Exploração adicional das dimensões conceitual e prática desta relação é necessária. Por exemplo, grupos de doenças evitáveis, epidemiologicamente identificadas; excessivas incapacidades e mortes prematuras, poderiam ser

analisadas para descobrir as limitações ou violações específicas de direitos humanos e da dignidade que estão envolvidas. Do mesmo modo, uma ampla análise das dimensões dos direitos humanos dos principais problemas de saúde, como câncer, doenças cardiovasculares e lesões, deveria ser desenvolvida. A hipótese segundo a qual a promoção e proteção de direitos e saúde estão indissoluvelmente ligadas, exige exploração criativa e rigorosa avaliação.

O conceito de uma relação indissolúvel entre saúde e direitos humanos também oferece, conforme *Mann et al* (2013, p. 25), um enorme potencial de consequências práticas. Por exemplo, profissionais de saúde poderiam considerar a utilização da DUDH como um guia coerente para a avaliação do estado de saúde de indivíduos ou populações; a extensão na qual os direitos humanos são realizados pode representar um índice de bem-estar melhor e mais compreensivo do que os tradicionais indicadores do estado de saúde. Trabalhadores em saúde também deveriam considerar as suas responsabilidades não apenas para respeitar os direitos humanos no desenvolvimento de políticas, programas e práticas, mas para contribuir ativamente da sua posição como profissionais de saúde, para melhorar a realização social dos direitos. Trabalhadores em saúde há muito tempo reconhecem as raízes sociais do estado de saúde; a ligação com os direitos humanos poderia ajudar os profissionais de saúde a se envolver de forma específica e concreta com toda a gama de pessoas que trabalham para promover e proteger os direitos humanos e a dignidade humana em cada sociedade.

De uma perspectiva dos direitos humanos, experts e expertise em saúde podem contribuir significativamente para que a sociedade reconheça os custos e benefícios associados com a realização, ou com o fracasso no respeito aos direitos humanos e à dignidade. Isto pode ser conseguido sem necessidade de justificar os direitos humanos e a dignidade em motivos de saúde (ou em qualquer outro fim pragmático). Ao revés, a colaboração com os experts em saúde pode ajudar a dar voz aos sutis e sérios impactos na saúde, associados com a falta de respeito aos direitos humanos e à dignidade. Adicionalmente, o direito à saúde só pode se desenvolver e adquirir significado através do diálogo entre as disciplinas da saúde e dos direitos humanos. Finalmente, a saúde como pré-condição da capacidade para realizar e gozar dos direitos humanos e da dignidade, deve ser apreciada. Por exemplo, o estado de desnutrição, ou de nutrição pobre, de crianças, pode contribuir, de modo sutil, mas importante, para a limitação na realização e gozo do direito à educação; de modo geral, as pessoas saudáveis estão melhor preparadas para participar plenamente e se beneficiar otimamente da proteção e oportunidades inerentes à DUDH.

9 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, saúde e direitos humanos são, sim, objeto de apropriação pelo discurso político, e a saúde é objeto de políticas, programas e práticas por todo o

planeta. Já não se pode afirmar, contudo, que o nível de saúde das populações esteja alto em todas as nações, muito pelo contrário.

No que importa a este artigo, cabe remarcar que o reconhecimento de uma ligação importante entre saúde e direitos humanos vem sendo, ao longo dos tempos, bloqueado por diferentes razões, sejam de ordem filosófica, de linguagem, de abordagem, e outras, perdendo-se, assim, a possibilidade de enriquecimento de ambos os campos – saúde e direitos humanos – pela combinação de pesquisa, educação e experiências de campo. Como acentuam *Mann et al* (2013, p. 25), a exploração da intersecção de saúde e direitos humanos pode ajudar a revitalizar o campo da saúde, assim como contribuir para um alargamento da reflexão e da prática em direitos humanos. É na perspectiva sugerida por estes estudiosos, a “perspectiva de saúde e direitos humanos” (e poderíamos acrescentar a dignidade), que despontam novos horizontes para a compreensão e o avanço do bem-estar humano no mundo moderno.

Não se pode perder de vista que da interação entre os campos da saúde e dos direitos humanos, resultam importantes efeitos, em duplo sentido: por um lado, efeitos negativos podem advir – e advêm – tanto das políticas, programas e práticas de saúde, sobre os direitos humanos, quanto das violações de direitos humanos, sobre a saúde. E por outro lado, efeitos positivos podem advir – e devem advir – tanto da maior realização possível da saúde, sobre os direitos humanos, quanto do maior respeito e realização possível dos direitos humanos, sobre a saúde.

Tudo a recomendar, fortemente, que tanto os profissionais da saúde quanto os dos direitos humanos busquem abordagens mais informadas e colaborativas, na perspectiva de que ambos devem contribuir para o objetivo maior, que é o bem-estar do ser humano. Dentre as evidentes vantagens de tal postura, pode-se destacar o maior envolvimento da sociedade como um todo, seja nas práticas relacionadas à saúde, seja na promoção e proteção dos direitos humanos, conferindo ao processo maior transparência e restringindo, por exemplo, a possibilidade de governantes utilizarem as políticas e programas de saúde com a finalidade de impor restrições a direitos humanos de opositores no campo político.

REFERÊNCIAS

Compreender os Direitos Humanos: manual de educação para os direitos humanos, publicação de *Ius Gentium Conimbrigae* | Centro de Direitos Humanos, Módulo D – Direito à saúde, disponível em <http://www.fd.uc.pt/hrc/manual/capitulos.html>, consultado em 02/04/2017.

Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH (em português – <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>).

HARRINGTON, John; STUTTAFORD, Maria (ed). *Global Health and Human Rights: legal and philosophical perspectives*. Routledge, 2010.

HUNT, Lynn. *Inventing human rights: a history*. New York – London, 2008.

ISTÚRIZ, Oscar Feo; ACEVEDO, Carlos Feo; JIMÉNEZ, Patricia. Pensamiento contrahegemónico en

salud. *Revista Cubana de Salud Pública* 2012; 38(4): 602-614 (<http://scielo.sld.cu>).

MANN, Jonathan. Saúde Pública e Direitos Humanos. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 6(1/2): 135-145, 1996.

MANN, Jonathan M. et al. Health and Human Rights. In GRODIN, Michael A. et al (ed). *Health and Human Rights in a Changing World*. Routledge, 2013, p. 16-27.

Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos Sociais e Culturais – PIDESC (em português – http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm).

TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro. Las dificultades que el actual paradigma subjetivista de la salud comporta en su configuración como derecho humano universal. *Revista Boliviana de Derecho*, n 21, Enero 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 16-47.

TARANTOLA, Daniel; GRUSKIN, Sofia. Human Rights Approach to Public Health Policy. In GRODIN, Michael A. et al (ed). *Health and Human Rights in a Changing World*. Routledge, 2013, p. 43-57.

TOBIN, John. *The Right to Health in International Law*. Oxford University Press Inc. New York, 2012 (livro eletrônico).

SOBRE A ORGANIZADORA

RENATA LUCIANE POLSAQUE YOUNG BLOOD docente na Sociedade Educativa e Cultural Amélia Ltda (SECAL) na Cidade de Ponta Grossa-PR. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da SECAL. Coordenadora de Pesquisa do Curso de Direito da SECAL. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Gestão Empresarial pelo Instituto Superior de Administração e Economia e Mercosul/Fundação Getúlio Vargas (ISAE/FGV). Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual em Ponta Grossa (UEPG). Facilitadora e Capacitadora da Metodologia da Justiça Restaurativa pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Advogada nas áreas cível e família, com experiência na aplicação das metodologias consensuais de resolução de conflito: Conciliação, Mediação e Justiça Restaurativa.

Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-85107-25-3



9 788585 107253